

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
DEPARTAMENTO DE DIREITO  
CURSO DE DIREITO

Bráulio Cavalcanti Ferreira

A repressão dos Cartéis pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) e os impactos dos Conluíus em Licitações na Administração Pública Brasileira: Uma análise do Processo Administrativo nº 08012.001826/2003-10/CADE, envolvendo as empresas prestadoras de serviços de segurança privada no Rio Grande do Sul.

Florianópolis  
2013

BRÁULIO CAVALCANTI FERREIRA

A repressão dos Cartéis pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) e os impactos dos Conluíus em Licitações na Administração Pública Brasileira: Uma análise do Processo Administrativo nº 08012.001826/2003-10/CADE, envolvendo as empresas prestadoras de serviços de segurança privada no Rio Grande do Sul.

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito, como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina.

Orientador: Prof. Dr. Everton das Neves Gonçalves

Co-orientador: Prof. Felipe Cesar Lapa Boselli


FLORIANÓPOLIS  
2013

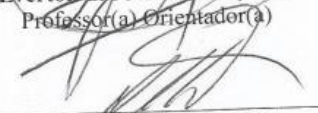
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

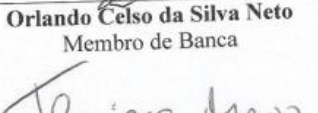
TERMO DE APROVAÇÃO

A presente monografia intitulada "**A repressão dos Cartéis pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) e os impactos dos Conluíus em Licitações na Administração Pública Brasileira: uma análise do Processo Administrativo nº 08012.001826/2003-10/CADE, envolvendo as empresas prestadoras de serviços de segurança privada no Rio Grande do Sul**", elaborada pelo(a) acadêmico(a) **Bráulio Cavalcanti Ferreira**, defendida em **05/07/2013** e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 9,5 *Notas e meio*, sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no artigo 9. da Portaria n. 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução n. 003/95/CEPE.

Florianópolis, 5 de Julho de 2013

  
\_\_\_\_\_  
**Everton das Neves Gonçalves**  
Professor(a) Orientador(a)

  
\_\_\_\_\_  
**Orlando Celso da Silva Neto**  
Membro de Banca

  
\_\_\_\_\_  
**Thiago Maio**  
Membro de Banca

## **AGRADECIMENTOS**

Aos meus pais, a ele por ser sinônimo de perseverança, de determinação, de busca incansável pelo conhecimento e desenvolvimento intelectual, a ela pela paciência e cuidados dispensados nestes cinco anos de faculdade. Ao meu irmão David.

À minha irmã, Maria Leonor Paes Cavalcanti Ferreira, que a cada discussão ou conversa sempre me faz voltar a crer na bondade e na esperança dos seres humanos.

À Universidade Federal de Santa Catarina, seus discentes, docentes e técnicos administrativos que fazem com que esta Instituição seja um pilar para o desenvolvimento humano de Florianópolis e deste Estado.

Ao meu orientador Professor Doutor Everton das Neves Gonçalves, que em meu maior momento de desespero acadêmico disse as sábias palavras, das quais jamais esquecerei “Calma, Tchê! Tem tempo pra tudo, leva as duas faculdades com calma”.

Aos amigos que fiz durante o curso de Direito, em especial à Lessandra Nara Torres, que em uma conversa informal comentou sobre “um tal” de PINCADE – Programa de Intercâmbio do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – sem sombra de dúvidas a maior e melhor experiência da minha vida.

Aos amigos, Jean Mello, Guilherme Ricken, Matheus Gallina, Marcelo Sassi, Paula Cargnin Pereira, Marco Antonio Vargas Sandi, Rene Anderle, Lúcio Gomes, Mariana Dalbosco, Lanna Bruning e Luan Brancher.

Aos amigos Álvaro Frasson, Bruno Negri, Carlos Eduardo Matos, Cesar Augusto Dell Antonio, José Artur Silveira Teixeira, Paulo Victor Mercadante, Rodrigo Clímaco, Thales Almeida, Victor Sille Krause e Vinicius Flores, encontrados nas aulas do curso de Economia da ESAG/UDESC.

## RESUMO

O presente trabalho tem como tema a análise da atuação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, especialmente no tocante às condutas anticompetitivas caracterizadoras de cartéis e os efeitos destes nas licitações da administração pública brasileira, nas últimas duas décadas. A hipótese que se apresenta é a possibilidade de aplicação da Lei Federal 12.529, de 2011, na apuração e responsabilização de casos que envolvam a formação de cartéis em licitação. O objetivo geral do trabalho é demonstrar a possibilidade de aplicação da referida norma quando da configuração daquela conduta. Como objetivos específicos elencaram-se os seguintes: a) analisar os princípios da livre-iniciativa e da livre concorrência, previstos no Art. 170 da Constituição Federal, bem como a legislação econômica infraconstitucional, especialmente no tocante a defesa da concorrência (Lei Federal 12.529/11); b) examinar a Lei Federal 8.666, de 1993, o ambiente licitatório e a formação de cartéis, bem como os métodos utilizados pela Autoridade Antitruste Brasileira, qual seja o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, para apurar e reprimir os cartéis; c) estudar o Processo Administrativo de n. 08012.001826/2003-10, julgado pelo CADE em 2008, envolvendo empresas prestadoras de serviços de segurança privada no Rio Grande do Sul, procurando-se destacar a forma de atuação daquele cartel no mercado de licitações daquele Estado. O marco jurídico e teórico adotado nesta pesquisa foi a obra de Ivo Teixeira Gico Jr, através de seu livro Cartel: Teoria Unificada da Colusão. Utilizou-se também a decisão exarada pelo Plenário do CADE nos autos do Processo Administrativo 08012.001826/2003-10. Adotou-se a abordagem indutiva e o método de procedimento monográfico. As técnicas de pesquisa utilizadas foram a bibliográfica e documental, com coleta de legislação, doutrina e jurisprudência administrativa e jurídica. Através dessa pesquisa, conclui-se que os órgãos da administração pública devem estar atentos à formação de cartéis quando da elaboração de editais e durante o trâmite do procedimento licitatório, para que, observando a configuração de infração à ordem econômica, acionem o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência no sentido de aplicar as sanções da Lei Federal 12.529/11.

**Palavras Chave:** Cartéis; Licitação; CADE; Sanção Administrativa.

## SUMÁRIO

<b>Introdução.....</b>	<b>07</b>
<b>1.Os princípios da Livre-Concorrência e da Livre-iniciativa e o Sistema de Defesa da Concorrência. ....</b>	<b>11</b>
1.1 A Ordem Econômica. ....	11
1.2 Princípio da livre iniciativa.....	14
1.3. Princípio da Livre-Concorrência. ....	15
1.4. A necessidade do Antitruste. ....	17
1.5 O Antitruste no Brasil.....	21
1.6 A Estrutura Administrativa do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e a Lei 12.529. ....	27
1.7 A Atuação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência no combate aos Cartéis. ....	30
1.8 A Natureza Jurídica dos Cartéis. ....	33
<b>2. A Fomação de Cartéis em Licitação.....</b>	<b>42</b>
2.1 Breves Considerações acerca da Lei 8.666/93. ....	42
2.2. A Lei 8666/93, o ambiente licitatório e a formação de Cartéis.....	44
2.3. Consórcios em Licitação. A exceção à regra.....	51
2.4. Sujeitos ativos da infração concorrencial.....	53
2.5. A Análise Administrativa da Conduta pelo CADE.....	56
2.6. O Processo Administrativo no CADE.....	59
2.7. Sanção Administrativa.....	63
2.8. A Sanção Penal.....	66
2.9. A Responsabilidade Civil por ato de Empresários.....	68
<b>3. Estudo de Caso.....</b>	<b>71</b>
3.1 As Licitações dos Vigilantes no Rio Grande do Sul.....	71
3.2. Do Mercado Relevante analisado pelo CADE. ....	72
3.3 Das Preliminares alegadas.....	74
3.4 Do Funcionamento do Acordo.....	75
3.5 Da Negociação e da Divisão dos Contratos.....	78
3.6 Das Penas Estabelecidas.....	79
3.7 Das Penas Acessórias. ....	80
3.8 O programa de leniência:.....	81
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>85</b>
<b>Referências bibliográficas. ....</b>	<b>88</b>

## INTRODUÇÃO

Durante a década de 1990, o Brasil passou por profundas e significativas mudanças no sistema jurídico e econômico. Em relação às mudanças jurídicas, salientam-se os reflexos da promulgação da Constituição Federal de 1988, que tratou de garantir um vasto rol de direitos sociais aos cidadãos brasileiros. Ao mesmo tempo, a Carta Magna tratou de estabelecer uma Ordem Econômica baseada nos princípios da livre-iniciativa e da livre concorrência.

Em relação às mudanças econômicas, houve um expressivo processo de liberalização da economia brasileira, iniciado em 1990, no qual se estabeleceu a retirada do Estado de diversos setores da economia, até então dominados pelo espírito desenvolvimentista herdado dos governos militares. Para tanto, os governos que sucederam aquele período promoveram uma série de reformas, incluindo a privatização, a liberalização de preços e a desregulamentação dos mercados.

Em 1994, durante um período de hiperinflação, foi adotado o Plano Real. Seus principais componentes foram a introdução de uma nova moeda, que à época estava atrelada ao dólar, e a rigidez nas políticas fiscais e de crédito.

Como parte das reformas de 1994, uma nova Lei de Defesa da Concorrência foi promulgada, a Lei n.º 8.884/94. A nova lei revigorou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, ao transformar o órgão em uma autarquia responsável pela apuração de infrações à ordem econômica e pelo controle de fusões. A privatização das empresas estatais, conhecidas pela sua ineficiência e desperdício de verba pública, continuou durante os anos 90.

Substituindo aquele Estado que explorava diretamente a atividade econômica, com fortes intervenções na Economia, passou-se a adotar o sistema do Estado Regulador. Para tanto, foram criadas Agências reguladoras novas e independentes nos setores de telecomunicações, eletricidade, petróleo e gás natural, transporte terrestre e aviação civil. Entretanto, a privatização não foi completa.

Apesar do esforço estabelecido pelas forças políticas da década de 1990, unidas em prol da diminuição do aparato estatal, no início da década de 2000, viu-se aumento exponencial dos gastos e do tamanho da máquina pública no governo Brasileiro.

Sabe-se que os gastos do Brasil com compras pública movimentam em torno de 10% do Produto Interno Bruto do País<sup>1</sup>, verificando-se, assim, que o Estado destina um volume significativo de seus recursos para adquirir bens e serviços necessários para o desenvolvimento de suas atividades.

Segundo dados da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação – SLTI do Ministério do Planejamento, só no ano de 2012, as compras governamentais da União movimentaram R\$ 72,6 bilhões na aquisição de bens e serviços por meio de 231,8 mil processos, levando-se em consideração todas as modalidades de contratação.<sup>2</sup>

O estudo enfatizou que ao longo dos últimos 6 anos, as contratações públicas por meio de licitações oscilaram entre 63% e 74%, apresentando um crescimento de 84% em 2012 em comparação ao ano de 2007.

Dessa forma, considerados o volume de gastos do Brasil com contratações públicas, tem-se que os conluíus em licitações podem prejudicar de forma significativa os esforços dos Entes Federativos no retorno dos impostos pagos pela sociedade que deveriam ser aplicados no desenvolvimento do país, causando prejuízos inestimáveis ao erário e favorecendo de forma indevida empresas que, através de acordos, fraudam o caráter competitivo das licitações.

Por mais que a administração pública, em todas as esferas administrativas, vise racionalizar suas compras através de controles orçamentários mais estritos e de melhorias nas formas de contratação, essa otimização administrativa não impede a ação de cartéis que agem de forma externa aos procedimentos licitatórios provocando a indevida transferência de renda do Estado para as empresas.

Para tanto, os Administradores, Gestores Públicos, Membros do Ministério Público e Magistrados devem estar atentos, não somente aos limites estabelecidos pela Lei 8.666/93 - que trata de normas para licitações e contratos administrativos, mas também os ditames da Lei 12.529/11, que dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica.

Estima-se que a formação de cartéis provoque um aumento médio de 10% de preço acima do preço competitivo e cause uma redução da oferta na monta de 20%. Assim sendo, verifica-se que a formação de cartéis gera menos qualidade, menos inovação e menos variedade de produtos no mercado, além de impactarem no aumento

---

<sup>1</sup> Conforme informações disponíveis no site do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Disponível em: <<http://cpsustentaveis.planejamento.gov.br/?p=1407>>. acesso em: 26 de junho de 2013.

<sup>2</sup> Idem 1.



significativo nos gastos do Governo, tornando ineficiente a alocação de recursos públicos.

O presente trabalho tem por objetivo geral examinar uma ferramenta jurídica apta a evitar o desperdício dos recursos públicos empregados no desenvolvimento social: a educação, a saúde, a alimentação, a segurança, a moradia. Para tanto, propõe-se o estudo da compreensão e aplicação da Lei Antitruste para os casos de Cartéis em Licitações da Administração Pública Brasileira.

Como objetivos específicos foram definidos: 1) analisar detalhadamente o histórico da legislação antitruste e os princípios que a embasaram, desde a sua formação nos Estados Unidos da América, sua concepção e inserção no Ordenamento Jurídico Brasileiro, sua efetiva aplicação na década de 90, até as suas mais recentes alterações e impactos na estrutura administrativa do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; 2) examinar os cartéis a partir da perspectiva anti-jurídica, procurando-se evidenciar o ambiente licitatório como propenso à sua formação, sob a ótica de compreensão do atual mercado brasileiro, dinâmico e moderno, destacando as devidas sanções cabíveis no âmbito administrando, penal e civil; 3) analisar o caso referente ao processo administrativo n. 08012.001826/2003-10/CADE, envolvendo as empresas prestadoras de serviços de segurança privada no Rio Grande do Sul.

No que se refere à metodologia empregada, fez-se uso do método de abordagem indutivo e do método de procedimento monográfico, tendo sido utilizadas as técnicas de pesquisa bibliográfica e documental, com coleta de legislação, jurisprudência e doutrina.

Para que os objetivos propostos pudessem ser alcançados, o presente trabalho foi estruturado em três capítulos.

No primeiro capítulo, examinou-se a ordem econômica brasileira, procurando-se estudar com maior especificidade dois dos princípios que a fundamenta, quais sejam: princípio da livre iniciativa e princípio da livre concorrência. Ainda nesse primeiro capítulo, analisou-se a necessidade de uma legislação antitruste, fazendo-se um estudo acerca da origem dessa norma, com especial destaque para a legislação norte-americana, além de também se analisar sua introdução no ordenamento jurídico pátrio e a atual estruturação do Sistema Brasileiro de Defesa de Concorrência no combate aos cartéis.

No segundo capítulo, por sua vez, foram estudados aspectos relativos à formação de cartéis em licitação, em especial: a natureza jurídica dos cartéis, seus sujeitos, a Lei 8.666/93 e a possibilidade da formação de conluíus no procedimento licitatório, bem como as principais sanções cabíveis estabelecidas pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Finalmente, no terceiro e último capítulo analisou-se o processo administrativo n. 08012.001826/2003-10/CADE, envolvendo as empresas prestadoras de serviços de segurança privada no Rio Grande do Sul e seus impactos sobre as licitações de diversos órgãos da Administração Pública Federal, Estadual e Municipal.

## **1.Os princípios da Livre-Concorrência e da Livre-iniciativa e o Sistema de Defesa da Concorrência.**

Neste capítulo inicial, pretende-se detalhar a estruturação do Sistema de Defesa da Concorrência. Para tanto, examinar-se-á a Ordem Econômica Brasileira a partir de dois princípios constitucionais, a saber: o princípio da livre iniciativa e o princípio da livre concorrência.

Ainda nesse capítulo, analisar-se-á a estrutura administrativa do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, com os seus respectivos órgãos - o Tribunal de Administrativo de Defesa Econômica; a Superintendência-Geral e o Departamento de Estudos Econômicos - e atribuições.

### **1.1 A Ordem Econômica.**

Para se compreender o significado dos princípios constitucionais na Ordem Econômica e a sua influência no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, deve-se necessariamente observar a correlação entre o sistema de livre-mercado e o ordenamento jurídico.

Na apresentação da obra “Os princípios constitucionais da ordem econômica - o significado e o alcance do art. 170 da constituição Federal”, Lafayette Josué Petter trata de caracterizar o predomínio do sistema capitalista de produção, insculpido no art. 170 da Constituição Federal de 1988, nos seguintes termos:

De inspiração nitidamente capitalista, mas com temperamentos de natureza social, a CF/88 procura limitar a intervenção do Estado no domínio econômico, restringindo-lhe a exploração da atividade econômica unicamente “quando necessário aos imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo” (PETTER, 2005, p.11).

Concorda-se com os ensinamentos do autor, ousando-se dele apenas discordar no que se refere a uma questão meramente formal e de abordagem linguística, referente ao uso do termo “capitalista”. É que o termo “Capitalismo”, cunhado pelo intelectual alemão Karl Marx, em sua obra “O Capital”, tratou de dividir a sociedade entre aqueles que detinham os meios de produção, denominando-os de capitalistas, e os que não tinham tais meios, mas tão somente a força de trabalho para oferecer, os quais foram denominados, por sua vez, de “proletariado” (MARX, 1989).

Essa visão atrasada da economia e da sociedade, como ambas sendo estáticas e classificadas em classes sem mobilidade alguma, na qual de um lado se tem o capital e de outro a força, já não consegue mais caracterizar, nem tampouco promover uma compreensão holística do atual funcionamento da economia de mercado.

Isso porque, atualmente, os conceitos de capital e força de produção já não podem mais ser separados de forma tão simples, porquanto se encontram amplamente misturados e difundidos no sistema de produção e consumo.

A economia do Século XXI possui uma dinâmica de alta complexidade: é a economia de escala, globalizada e instantânea. Essa dinamicidade e complexidade tornam a aceção da economia cada vez mais difícil. Dessa forma, acredita-se que se deve evitar o termo “capitalista” e se utilizar da expressão “livre-mercado”, de modo a facilitar o entendimento e a aceitação do próprio sistema de mercado, isto é, das trocas voluntárias.

O preâmbulo da Constituição Federal de 1988 elenca como um de seus objetivos a formação de um Estado destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça.

Para atingir o desenvolvimento social proposto pela Carta Magna (erradicando a pobreza e a marginalização e reduzindo as desigualdades sociais e regionais) necessário se faz a garantia do crescimento da economia.

Assim sendo, para se ter uma Economia saudável e que promova o desenvolvimento social é necessária a manutenção de uma ordem econômica que respeite os direitos dos agentes, garantindo-lhes a segurança jurídica de seus investimentos e afastando, quando necessário, a indevida intervenção do Estado em assuntos privados e comerciais.

Salienta-se que o afastamento do Estado nas relações do domínio econômico não se confunde com afastamento por completo do Estado sobre a Economia, visto que por deter o monopólio da coerção, o Estado não pode abrir mão do seu poder-dever de coibir os abusos de poder econômico.

Nesta senda, o Poder Constituinte Originário tratou de insculpir na Constituição de 1988 um título específico para avalizar uma ordem econômica apta a proporcionar o desenvolvimento econômico e o consequente desenvolvimento social, promovendo a produção e a distribuição de bens e serviços através de um mercado livre, mas ao mesmo tempo, sólido e com efetivas garantias constitucionais.

Trata-se de normas de caráter abstrato, inseridas no Título VII da Constituição Federal de 1988, que moldam a Ordem Econômica nos termos do Art. 170 da Constituição Federal de 1988.

Sobre o dispositivo supracitado, encontra-se o ensinamento do Professor Leonardo Vizeu Figueiredo em sua obra “Lições de Direito Econômico”:

De tal leitura depreende-se a riqueza do dispositivo que traz em seu bojo normas relativas ao fundamento, à finalidade e aos princípios da ordem econômica, além de nortear sua compreensão. Nessa perspectiva, Eros Roberto Grau inferiu o duplo sentido à expressão “ordem econômica”, ora entendendo-a, numa visão subjetiva e com base no artigo antes descrito, como ser, ou seja, como um conjunto de relações econômicas, e ora, objetivamente e no foco do artigo 173 §5º, da CRFB, como dever-ser, isto é, como um conjunto de normas jurídicas disciplinadoras dessas relações (FIGUEREDO, 1975, p.57).

Sobre o Constitucionalismo Brasileiro de 1988 e a ordem econômica, leciona Everton das Neves Gonçalves:

A ação do Estado passou a ser normativa, fiscalizadora e supletiva da ação desenvolvida pela iniciativa privada, segundo imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo. Em verdade, após tantas emendas constitucionais, o Texto primevo da Constituição Federal de 1988 foi flexibilizado segundo a orientação neoliberal hodierna. Somente na Ordem Econômica, mais de dez emendas alteraram dispositivos que vieram fortalecer a ação do capital privado em detrimento da ação estatal. **Apesar disso, a Constituição Cidadã objetivou a prática econômica capitalista-liberal, ainda que socialmente responsável;** segundo observada a co-existência em sociedade dividida e desigual. (GONÇALVES, 2009, p. 2.743). (grifou-se)

De forma resumida, compreende-se a Ordem Econômica como sendo o conjunto de normas constitucionais e infraconstitucionais que regem o setor econômico e suas especificidades.

Assim sendo, se de um lado a Ordem Econômica deve afastar o Estado de interferir na atividade econômica, de forma a liberar os agentes econômicos – produtores e compradores, para que estes busquem investir nos melhores fatores de produção (terra, trabalho, capital e tecnologia) pelos menores preços e para que, conseqüentemente, possam ofertar bens de consumo a preços com mais qualidade e mais acessíveis, de outro, o Ordenamento Jurídico deve coibir as atitudes anticompetitivas e o abuso do poder Econômico.

Dentre os princípios elencados no art. 170 da Constituição Federal de 1988, optou-se por destacar os princípios da livre-iniciativa e da livre concorrência, que estão intrinsicamente ligados ao tema escolhido.

## **1.2 Princípio da livre iniciativa.**

Elencado no *caput* do Art. 170 da Constituição Federal, o princípio da livre iniciativa traduz a liberdade individual de empreender uma atividade econômica. Isto é, ele é quem dá a característica principal do sistema de mercado adotado. É o poder reconhecido aos agentes econômicos para que empreendam as suas atividades profissionais, aptas a garantir o seu sustento, sem a intromissão do Estado na sua liberdade produtiva e comercial.

O princípio da livre iniciativa pode ser analisado como sendo um reflexo direto da propriedade privada (Art. 5º, inciso XXII da Constituição Federal), ou seja, a partir da garantia da propriedade privada, o referido princípio passa a ser a base de um sistema econômico de livre-mercado, baseado nas trocas voluntárias. A respeito do referido princípio, Lafayette Josué Petter assinala que:

A noção de livre iniciativa como fundamento do Estado brasileiro conclama para partilhar a ideia de liberdade no sentido de um poder de atuação do homem em busca de sua realização e suas felicidades. Valoriza-se o ato voluntário, a ausência de coação, a autodeterminação (PETTER, 2005, p.164).

Carvalho filho, por sua vez, acrescenta:

Trata-se, na verdade, da liberdade de exploração de atividades econômicas sem que o Estado as execute sozinho ou concorra com a iniciativa privada. A livre iniciativa é o postulado maior do regime capitalista. O fundamento em foco se completa, aliás, com a regra do art. 170, parágrafo único da CF, segundo o qual a todos é assegurado o livre exercício de qualquer atividade econômica, sem necessidade de autorização de órgãos públicos, à exceção dos casos previstos em lei. (CARVALHO FILHO, 2012, p. 901).

Como bem salienta o ilustre administrativista, o Estado deve manter-se afastado do livre-mercado, isto é, deve evitar concorrer com os agentes econômicos. Para tanto, o Poder Originário Constituinte foi mais além, vedando, através do artigo 173 da CF/88, ao Estado a exploração direta da atividade econômica, que só é permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo.

Sobre o princípio da livre-iniciativa, e coadunando-se com o posicionamento ora defendido, o Professor Leonardo Vizeu Figueiredo em sua obra “Lições de Direito Econômico” assinala que:

É corolário do liberalismo econômico de Adam Smith, que se presente nos textos constitucionais, ainda que de forma bastante mitigada. Significa a liberdade de entrar, permanecer e sair o mercado, sem interferências externas. **Observe-se que não há mais espaço para o *Laissez-faire, laissez-passer; le monde va de lui-même*, uma vez que, como veremos, o Estado atua como agente normativo e regulador de sua Ordem Econômica.** Todavia, com base no princípio da subsidiariedade, a intervenção estatal somente se fará presente onde for necessária. Nos nichos de nossa economia onde não se apontar para a necessidade de interferência do Poder Público, o mercado se auto-regulará. (FIGUEREDO, 1975, p.58). (Grifou-se).

Como se pode perceber, é o princípio da livre-iniciativa que impulsiona a economia, é através da escolha arbitrária de cada indivíduo, seja pessoa física ou pessoa jurídica, sobre qual será seu empreendimento, o seu trabalho, que nascem as relações econômicas, nas quais o Estado não pode participar como agente, salvo quando legalmente autorizado para tanto. O artigo 173 e 174 da CF/88 dispõem claramente que o Estado não poderá explorar a atividade econômica<sup>3</sup>.

Assim sendo, a CF/88 tratou de afastar o Estado da exploração direta da atividade econômica, mantendo, todavia, através de seu artigo 174, a função de agente normativo e regulador da economia.

### 1.3. Princípio da Livre-Concorrência.

Para que uma economia se desenvolva, é fundamental que haja competição entre os produtores e consumidores. Isto porque se de um lado o mercado seleciona os melhores agente econômicos, beneficiando-lhes com o lucro, do outro, indica aos piores os erros cometidos, ou os prejuízos acumulados, para que assim, como uma equipe que participa de uma competição, venham a consertar seus erros e passem novamente a vencer e no caso da economia a lucrar.

---

<sup>3</sup> Dispõe literalmente os respectivos artigos: “O Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”; “Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”.

A moderna teoria econômica define que os recursos são escassos, isto é, a maioria dos recursos econômicos é finita, razão pela qual o Estado deve fomentar a competitividade dos agentes econômicos a fim de garantir a exploração sustentável de tais recursos.

Todavia, em um cenário altamente competitivo predominam os riscos inerentes à inovação tecnológica e à economia imperfeita. Para tanto, é fundamental que o Estado seja capaz de garantir os padrões legais de funcionamento dos mercados, os quais consistem basicamente na garantia da propriedade privada, no cumprimento dos contratos, na tributação eficiente, no acesso não-discriminatório ao crédito e na apropriação pelos agentes dos produtos do seu esforço empreendedor.

Sobre o princípio da livre-concorrência, leciona o Professor Leonardo Vizeru Figueiredo em “Lições de Direito Econômico”:

Concorrência é a ação competitiva desenvolvida por agentes que atuam no mercado de forma livre e racional. Isto é, trata-se da disputa saudável por parcela do mercado entre agentes que participam de uma mesma etapa em ciclo econômico (produção – circulação – consumo). Assim, deve o Estado intervir de forma a garantir que a competição entre os concorrentes de um mesmo mercado ocorra de forma justa e sem abusos (monopólio, oligopólio, truste, cartel, etc.) garantindo-se, assim, o equilíbrio entre a oferta e a procura, bem como a defesa da eficiência econômica.

[...]

No Brasil, a livre-concorrência é fiscalizada pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, composto pela Secretaria de Acompanhamento Econômico- SEAE e pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.

A livre-concorrência teve como marco jurídico e histórico o Decreto de Allarde, de 02 de março de 1791, sendo que a legislação respectiva teve origem na América do Norte, e no Canadá com o *Competition Act* (1889), e nos Estados Unidos da América, com o *Sherman Act*, de 02 de julho de 1890. (FIGUEREDO, 1975, p. 63).

Por todo exposto, o princípio da livre-concorrência é uma das bases estruturantes da atual Ordem Econômica, podendo ser considerado como um dos pilares fundamentais da economia de mercado, uma vez que possui uma interdependência muito forte com o já citado princípio da livre iniciativa.



#### 1.4. A necessidade do Antitruste.

Um breve histórico do Antitruste nos remonta aos fatos ocorridos no século XXVIII, nos Estados Unidos da América. Sobre o assunto, o historiador Rudolf J.R. Petiz assim relata:

Em 1890, os Estados Unidos da América foram pioneiros em direito da concorrência e reforçaram significativamente o futuro do livre-mercado no sistema norte-americano, através da adoção de um novo estatuto Federal: O *SHERMAN ANTI-TRUST ACT*. Pela primeira vez na história, um governo nacional tomou responsabilidade de investigar e, se necessário, processar os monopólios e cartéis de fixação de preços. Com o tempo, a aplicação dessa legislação, resultou na denúncia de grandes industriais. Com o tempo, a mensagem do novo dispositivo legal ficara clara, eis que limitou a capacidade de uma empresa dominar os seus concorrentes no mercado. A nova lei fez o sistema econômico americano mais dinâmico e mais aberto aos novos concorrentes e novas tecnologias. Viu-se, no século seguinte (XX), uma elevada no nível de expansão da economia e um aumento na qualidade de vida nos Estados Unidos (PERITZ, 2007) <sup>4</sup>.

O termo “antitruste” provém do anglicanismo “*antitrust*”, muito difundido na literatura especializada.

A economia de livre-mercado tende ao desenvolvimento econômico, isto é, vários indivíduos produzindo e vários indivíduos consumindo geram uma melhor alocação dos recursos, que, por conseguinte, levam ao desenvolvimento social.

Todavia, entre o crescimento econômico e o desenvolvimento econômico-social, pode-se encontrar um “*gap*”, que depende altamente do comprometimento dos agentes com as regras do jogo. Isso porque, a partir do momento em que determinados agentes econômicos burlam o sistema de preços e de livre-mercado podem incorrer em infrações à Ordem Econômica, mormente através do abuso de poder econômico.

---

<sup>4</sup> Tradução do autor: “*In 1890, the United States pioneered competition law and significantly strengthened the future of free markets in the american system by adopting a new federal statute: the sherman anti-trust act. For the first time in history, a national government had taken responsibility to investigate and, if necessary, prosecute monopolies and price-fixing cartels. Over time, the results of this act, denounced by captains of industry at the time of its passage, would become clear. By limiting a business’s ability to dominate its competitors in the marketplace, the new law made the american economic system more dynamic and more open to new competitors and new technologies. The next century saw great economic expansion and heightened living standards in the United States.*”

Dessa forma, por mais que seja pautada em normas que privilegiam a liberdade de empreender e negociar, quando necessário, o Estado pode e deve intervir na Ordem Econômica, através do seu poder de coerção, para preservar as condições de livre mercado. Até porque, tais infrações podem ser vistas como ilícitos administrativos e penais.

É que, apesar de a ambição dos agentes econômicos na busca pela eficiência produtiva ser um propiciar o desenvolvimento econômico-social, por diversas vezes a ganância de determinados agentes, quando despida de qualquer caráter ético ou moral, pode levar o empresariado a formação de monopólios, de cartéis e do controle de preços, ou na língua inglesa: os *Trusties*.

O final do Século XIX foi marcado por um crescimento exponencial das grandes corporações nos Estados Unidos da América, que passaram a receber o nome de *Trustes* (do inglês: confiar). Pode-se citar pelo menos quatro trustes conhecidos à época: o das ferrovias, o do açúcar, o do ferro (*Union Pacific Railroad*) e o do petróleo (*Standart Oil*). (U.S. CONGRESS, 1890, p.1).

Com o mercado dominado pelos *Trustes*, não havia espaço para competição e os preços eram elevados pelos cartéis, ao mesmo tempo em que a qualidade dos produtos diminuía, colocando em risco a prosperidade conquistada naquela época Estados Unidos da América. Os donos das grandes corporações, os *Trustes*, aumentavam seus lucros como bem entendiam e quem perdia era sociedade, o livre-mercado.

Os *Trustes* seriam acordos pelos quais os acionistas em diversas empresas transferiam suas ações para um único conjunto de curadores. Em troca, os acionistas receberiam um certificado que daria direito a uma parte especificada dos resultados consolidados das empresas geridas em conjunto.

Os *trustes* dominaram um grande número de indústrias, destruindo a concorrência. O caso emblemático e exordial para a intervenção do Estado nos Estados Unidos da América foi o caso da *Statandart Oil Trust*, indústria norte-americana de petróleo e derivados (U.S. CONGRESS, 1890, p.1).

Em janeiro de 1882, o advogado Samuel Dodd da *Standard Oil* teve a brilhante ideia de formar uma relação de confiança entre diversas empresas produtoras de petróleo, criando um Conselho de Administração, ocasião em que todas as propriedades padrão da indústria foram colocadas nas mãos do referido conselho. Cada acionista recebeu 20 certificados de confiança para cada ação da *Standard Oil*. Todos os lucros das empresas componentes foram enviados para os nove curadores, que determinaram

os dividendos. Os nove curadores elegeram os diretores e administradores de todas as empresas que o compunham. Isso permitiu que a *Standard Oil* funcionasse como um monopólio (U.S. CONGRESS, 1890, p.1).

Preocupado com a extrema liberdade desses grupos empresariais, o domínio do mercado e visando coibir o “abuso de poder econômico” dos *Trustes*, o então presidente Theodore Roosevelt sancionou, em 2 de julho de 1890, a lei conhecida como “*Sherman Act*”. Elaborada pelo Senador John Sherman, que era presidente do comitê de Finanças do Senado e já havia sido secretário do Tesouro no governo do presidente Rutherford Hayes, o *Sherman Antitrust Act* baseou-se no poder constitucional do Congresso para regular o comércio interestadual (U.S. CONGRESS, 1890, p.1).

Àquela época, vários Estados já tinham promulgado leis semelhantes, mas a aplicação dos dispositivos legais estava limitada ao comércio intra-estadual. Dessa forma, o *Sherman Antitrust Act* visava impedir a formação de trustes e também a punição dos mesmos na esfera Federal (U.S. CONGRESS, 1890, p.1).

As principais determinações da Lei Sherman ou *Sherman Act* consistiam em: inibir contratos de truste e de monopólios. Abaixo, transcreve-se as principais determinações da referida lei:

Todo contrato ou acordo em forma combinação ou de outra forma, ou conspiração, na restrição do comércio ou comércio entre os vários Estados, ou com nações estrangeiras, é declarado ilegal. Toda pessoa que fizer qualquer contrato ou se envolver em qualquer combinação ou conspiração declarada como ilegal será considerado culpado de um crime, e, em caso de condenação, deverá ser punido com multa não superior a 100.000 mil dólares, se uma empresa, ou, no caso de qualquer outra pessoa, U\$ 1.000.000, ou com pena de prisão não superior a 10 anos, ou por ambas as punições, a critério do tribunal. (U.S. CONGRESS, 1890, p.1)<sup>5</sup>.

Conforme se verifica, a Lei Sherman autorizou o Governo Federal a propor demandas judiciais na esfera Federal para acabar com os Trustes. A mais famosa das demandas foi a *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*, 221 U.S. 1 (1911).

Por volta de 1880, a *Standard Oil* estava usando o seu domínio tanto sobre a capacidade de refino quanto na distribuição de petróleo. Usando do seu tamanho e da sua influência para minar adversários, a *Standard Oil* pressionava seus concorrentes em

---

<sup>5</sup> Tradução do autor: “Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$100,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$1,000,000, or by imprisonment not exceeding 10 years, or by both said punishments, in the discretion of the court.

uma série de maneiras consideradas "anticompetitivas", incluindo o subfaturamento e ameaças a fornecedores e distribuidores que fizessem negócios com os concorrentes da Standard.

A Suprema Corte Americana reconheceu que, "tomado literalmente," o termo "restrição do comércio" poderia se referir a qualquer número de contratos normais e usuais, que não prejudicassem o público.

Naquela ocasião, o Tribunal concluiu que o termo "restrição do comércio" tinha vindo para se referir a um contrato que resultou em "situação de monopólio ou de suas consequências". O Tribunal identificou três dessas consequências: preços mais altos, a produção reduzida e de qualidade reduzida.

Na tradução do corpo da Lei Antitruste Americana, a Suprema Corte Americana entendeu que qualquer combinação "na forma de confiança (*Trust*) ou de outro modo que estivesse em restrição do comércio ou comércio entre os diversos estados ou com nações estrangeiras seria declarada ilegal". Os empresários que formaram essas combinações foram sujeitos a multas de U\$ 5.000 (cinco mil dólares) e um ano na cadeia. Ao que tudo indicava, parecia o fim dos monopólios (U.S. CONGRESS, 1890, p.1).

Todavia, com o tempo as grandes empresas foram percebendo que, em vez de criar um cartel, elas poderiam simplesmente promover uma aquisição ou até mesmo uma fusão, concentrando toda a concorrência em uma única empresa, e absorvendo todas as vantagens de poder de mercado de que um cartel poderia trazer. Assim sendo, a Lei Sherman acabara por provocar a onda de fusões da história dos EUA.

Preocupado com isso, no ano de 1914 o Congresso Americano promulgou e o então presidente Woodrow Wilson sancionou a *Clayton Antitrust Act*, conhecida como Lei Clayton, diploma legal que fez modificações substantivas e processuais para a lei antitruste federal (U.S. CONGRESS, 1914, p.1).

Naquele mesmo ano de 1914, foi promulgada pelo Congresso Americano e sancionada pelo Presidente Woodrow Wilson, o FTC Act. O FTC seria a sigla abreviativa para *Federal Trade Commission*, um órgão Federal que seria responsável por emitir pareceres determinando às grandes corporações que cessassem as práticas comerciais desleais.

A legislação visava apurar práticas anticompetitivas em seu início, proibindo determinados tipos de conduta, não levassem em consideração o melhor interesse de um mercado competitivo.

Há quatro seções do projeto de lei que propuseram mudanças substanciais nas leis de defesa da concorrência, complementando o *Sherman Act* de 1890. Nessas seções, a Lei aborda os seguintes quatro princípios do comércio econômico e de negócios:

Discriminação de preços entre diferentes compradores se tal discriminação diminui substancialmente a concorrência ou tende a criar um monopólio em qualquer ramo de comércio (Lei Seção 2, codificado em 15 USC § 13);

Vendas sobre a condição de que (A) o comprador ou locatário não lidar com os concorrentes do vendedor ou locador ("exclusividades ") ou (B) o comprador também comprar outro produto diferente ("amarrar "), mas apenas quando esses atos substancialmente diminuir a concorrência (Lei Seção 3, codificado em 15 USC § 14 );

Fusões e aquisições em que o efeito pode diminuir substancialmente a concorrência (Lei Seção 7, codificada em 15 USC § 18 ), ou que os valores mobiliários de voto e ativos limite for atingido (Lei Seção 7, codificada em 15 USC § 18-A );

Qualquer pessoa de ser um diretor de duas ou mais empresas concorrentes, se essas empresas que violam os critérios de anti-trust, mesclando (Lei Seção 8; codificado em 15 USC § 19 ).

Realizada essa breve análise sobre a história e a importância da legislação antitruste norte-americana, especialmente no período do Século XVIII, passa-se ao estudo da legislação brasileira sobre o tema.

## **1.5 O Antitruste no Brasil.**

No Brasil, seja pela tardia evolução industrial, pela sempre conhecida intervenção excessiva do governo, seja pela falta de competitividade, somente no final do Século XXI é que se compreendeu a necessidade da política antitruste como elemento de desenvolvimento econômico. A respeito do tema, Oliveira identifica:

duas vertentes distintas, paralelas, e até certo ponto contraditórias, na legislação econômica brasileira, vertentes estas que, coexistindo e influenciando-se mutuamente, subdividem as tendências de regulação do mercado brasileiro em três períodos: (i) 1937-1988, em que se observa a prevalência da defesa da economia popular, marcada pela intervenção direta do Estado na atividade econômica, incluindo o controle de preços; (ii) 1989-1994, uma etapa de transição inaugurada pelo marco constitucional de 1988, revelando a opção por uma mudança no modelo desenvolvimentista brasileiro de substituição de importações em favor da estratégia de inserção na economia mundial, iniciando a desregulamentação de mercados e preparando o terreno para as privatizações que se seguiram no período posterior; (iii) 1994 - , marcando a preponderância da defesa da concorrência sobre o intervencionismo estatal. (OLIVEIRA, 1998, p.12-14).

A constituição de 1934 tratou da ordem econômica de forma superficial, todavia não havia aplicabilidade prática, porquanto a economia era eminentemente agrária e a pouca indústria era controlada pelo Estado brasileiro, não havendo competição. O artigo 115 daquele diploma assim estabelecia:

TÍTULO IV Da Ordem Econômica e Social:

Art. 115 - A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica (BRASIL, 1934).

Ainda no Segundo governo Vargas (Estado Novo), o então ministro da Justiça, Agamenon Magalhães, elaborou o Decreto-Lei nº 7.666/45 (conhecido como a Lei Malaia), que penalizou administrativamente “atos contrários à ordem moral e econômica” e criou uma primeira versão do CADE: a Comissão Administrativa de Defesa Econômica, subordinada ao Presidente da República. Cinco meses depois, o decreto é revogado por José Linhares, sucessor de Vargas.

A carta de 1946 ainda se manteve fiel aos mandamentos da Lei Malaia, pouco mudando, conforme se infere da leitura de seu artigo 148, abaixo transcrito:

Art. 148 - A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros (BRASIL, 1946).

Em 1962, durante o governo do presidente João Goulart (1961-1964), em um período de regime parlamentarista (1961-1963), o Parlamento Brasileiro promulgou a Lei nº 4.137/62 que criou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, vinculado diretamente à Presidência do Conselho de Ministros.

A referida norma pode ser considerada um marco na história do Antitruste brasileiro, pois a mesma Lei nº 4.137/62, que criou o órgão, também tratou de regulamentar a Constituição Brasileira de 1946 no que se refere à ordem econômica, visto que aquele foi o primeiro Texto Constitucional a fazer menção ao princípio da repressão ao abuso do poder econômico.

Pela Constituição vigente à época (Constituição de 1946), a lei deveria reprimir ações e operações que tivessem por fim “dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros”, nos moldes do artigo 148.

Mais adiante, a Constituição de 1967, através do artigo 157, § 8º, assim dispôs:

São facultados a intervenção no domínio econômico e o monopólio de determinada indústria ou atividade, mediante lei federal, quando indispensável por motivo de segurança nacional ou organizar o setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e de liberdade de iniciativa, assegurados os direitos e garantias fundamentais (BRASIL, 1967).

Todavia, não se pode observar uma interação entre a economia de livre mercado e o ordenamento jurídico concorrencial até o início da década de 1990, quando o Brasil, adotando as medidas deliberadas no Consenso de Washington <sup>6</sup>.

Pode-se pontuar que a redemocratização do país, a promulgação da Carta Magna, a adoção das recomendações do Consenso de Washington na economia brasileira, a estabilização da moeda, através do Plano Real, foram fatores fundamentais para o ajuste macroeconômico ocasionado no Brasil entre o fim dos anos 90 e começo do Século XXI.

Em relação ao Consenso de Washington, restou estabelecido um conjunto de dez regras que deveriam ser adotadas pelos países para promover o desenvolvimento econômico e social, a saber: Disciplina fiscal, Redução dos gastos públicos, Reforma tributária, Juros de mercado, Câmbio de mercado, Abertura comercial, Investimento estrangeiro direto - com eliminação de restrições, Privatização das estatais, desregulamentação econômica e trabalhista, direito à propriedade intelectual.

Tais medidas geraram ambiente macroeconômico dinâmico permitindo que o Brasil iniciasse um processo de crescimento econômico com distribuição de renda que se observa nos dias de hoje<sup>7</sup>, gerando uma necessidade da legislação Antitrust, para coibir as infracções à ordem econômica.

As medidas do consenso de Washington aplicadas ao Brasil foram fundamentais para que o País conseguisse se ajustar e promover o desenvolvimento econômico que hoje caracteriza a economia brasileira.

Algumas dessas medidas começaram a ser implantadas no Brasil já na década de 90. No governo do Presidente Fernando Collor de Mello, iniciou-se o processo de abertura da economia brasileira com maior exposição à competição internacional. Ainda no Governo Collor, foi promulgada a Lei nº 8.158/91 que promoveu as primeiras

---

<sup>6</sup> O termo Consenso de Washington ficou conhecido como um conjunto de medidas de ajuste macroeconômico formulado por economistas de instituições financeiras como o Fundo Monetário Internacional e o Banco Mundial, elaborado em 1989.

<sup>7</sup> Segundo dados do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento o Brasil registra crescimento de 24% no Índice de Desenvolvimento Humano-IDH desde 1990 e cresce mais rápido que vizinhos latino-americanos. O IDH do Brasil melhora em 2012; país mantém 85ª posição no ranking em relação a 2011. Disponível em: <<http://www.pnud.org.br/Noticia.aspx?id=3705>>. Acesso em 20 de junho de 2013.

alterações na Lei de Defesa da Concorrência e criou a Secretaria Nacional de Direito Econômico – SNDE, do Ministério da Justiça, depois chamada de Secretaria de Direito Econômico – SDE. Hoje extinta, as atribuições da SDE relacionadas à concorrência foram incorporadas ao CADE pela Lei Federal 12.539.

Já no Governo de Itamar Franco, inicia-se o processo de privatização, destacando-se a privatização da Empresa Brasileira de Aeronáutica - EMBRAER.

Entretanto, foi no governo Fernando Henrique Cardoso que se observa a aceleração do processo, verificando-se mudanças significativas como a privatização do setor de telecomunicações, a privatização da Companhia Vale do Rio Doce (hoje VALE), além da flexibilização do monopólio do petróleo.

Tomado pela necessidade de investimento externo, que exigia em troca o cumprimento daquelas dez regras estabelecidas no Consenso de Washington, o Brasil recebeu uma intensa leva de investimentos do capital internacional, que demandava uma nova dinâmica à Ordem Econômica proposta pela Constituição, com a consequente necessidade de “adaptação jurídica” condizente com o novo e moderno modelo de mercado competitivo.

Algumas medidas foram tomadas pelo Congresso Nacional. Em relação à Constitucional, destaca-se a mudança estabelecida pela promulgação da Emenda Constitucional de nº 6 de 1995 <sup>8</sup>, que revogou o Art. 171, que diferenciava empresas brasileiras das empresas de capital estrangeiro.

Desta forma, com a revogação do dispositivo citado a, a Constituição Federal deixou de fazer diferença entre as empresas brasileiras de capital nacional e as de capital estrangeiro.

O novo ambiente macroeconômico permitiu ao Brasil o início de uma nova era de crescimento, desenvolvimento e prosperidade econômica. Isso porque com uma maior produção e distribuição de bens e serviços para população, e a consequente competitividade no setor industrial, facilitaram a produção e consumo de bens e serviços com valores mais acessíveis, permitindo que uma maior parcela da população obtivesse acesso a produtos de informática (celulares, computadores, eletrodomésticos), limpeza e higiene, e demais itens imprescindíveis ao cotidiano dos Séculos XX e XXI.

---

<sup>8</sup> Dispunha o art. 171: São consideradas:

I - empresa brasileira a constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País;

II - empresa brasileira de capital nacional aquela cujo controle efetivo esteja em caráter permanente sob a titularidade direta ou indireta de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou de entidades de direito público interno, entendendo-se por controle efetivo da empresa a titularidade da maioria de seu capital votante e o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para gerir suas atividades.



Este processo de desenvolvimento econômico, tal qual o ocorrido nos Estados Unidos no Século XVIII, exigiu a necessidade de uma legislação Antitruste.

É que a legislação concorrencial, até então, raramente era aplicada no Brasil e, durante muito tempo, o CADE foi um órgão de utilidade questionável, cujas decisões, em grande parte, experimentavam eficácia meramente formal, situação essa que somente veio a se modificar quando do processo de redemocratização do país, que resultou na promulgação da Constituição de 1988. (RAGAZZO, 2005, p.90)

Partindo-se do Título VI da Constituição de 1988, que trata da Ordem Econômica, e adaptando-o às medidas tomadas para reformulação da política macroeconômica, isto é, o crescimento e dinamização da economia, pode-se finalmente começar a tratar de uma concorrência real e de uma legislação necessária.

Seguindo o disposto no Artigo 173, § 4º “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”, o Congresso Nacional aprovou e o então Presidente Itamar Franco sancionou a Lei Federal 8.884/94, que transformou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) na autarquia competente para tratar da prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica.

A Lei nº 8.884/94, conhecida como Lei de Defesa da Concorrência ou Lei Antitruste Brasileira, não por acaso contemporânea das reformas econômicas que trouxeram a estabilização de preços (Plano Real), inaugurou a era moderna da política de concorrência no Brasil, eis que além de tornar o CADE uma Autarquia independente, criou novo ambiente jurídico para a aplicação da legislação da concorrência.

Nos períodos que sucederam a promulgação da referida lei, o CADE passou a ser uma instituição de alta credibilidade. Significativos foram os avanços alcançados pela Autarquia em matéria de Antitrust. Pode-se destacar casos tanto de controle de estruturas como as fusões Brahma e Antártica (Ambev), Nestlé/Garoto, Gol e Webjet, mais recentemente a fusão entre os grupos Sadia e Perdigão (BRfoods). Já em relação aos casos de conduta, pode-se citar o caso do cartel das britas e o cartel das linhas aéreas, todavia, o cartel dos gases, foi o que mais chamou atenção, da comunidade jurídico-econômica, seja pelo valor da multa, seja pela forma de atuação do conluio.

O processo administrativo começou em 2003 através de denúncia anônima encaminhada à Secretaria de Direito Econômico (SDE). A Justiça determinou diligências de interceptações telefônicas, buscas e apreensões contra as empresas e pessoas investigadas. O cartel operava por meio da divisão de clientes entre as

empresas. Foram encontradas, nas sedes das empresas investigadas, regras determinando como essas divisões seriam operadas. Este processo resultou na maior multa aplicada pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. O montante entre todas as representadas atingiu mais de 2,5 bilhões de reais pela prática de cartel no setor de gases industriais e hospitalares. (Processo Administrativo: 08012.009888/2003-70, White Martins gases Industriais Ltda; Air Liquide Brasil Ltda; AGA S.A. e outras).

Dessa forma, o CADE passou a ter uma função mais ativa.

Percebendo a importância da Legislação Antitruste no Brasil, o Congresso promulgou e a Presidente Dilma Roussef sancionou, em 29 de maio de 2012, a Lei Federal nº 12.529. Muito exigido pelos estudiosos do Antitruste, a nova lei de defesa da concorrência determinou a análise prévia dos atos de concentração. Com isso, as fusões e aquisições de empresas precisam, primeiro, serem aprovadas pelo CADE e, somente depois da análise favorável é que poderão ser efetivadas.

A nova lei também reestrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC, de forma a ampliar as competências do CADE. A Secretaria de Acompanhamento Econômico – Seae do Ministério da Fazenda, que compõe o SBDC junto com o CADE, dedica-se à advocacia da concorrência e à relação com as agências de regulação setoriais.

Entre as principais características da nova política de defesa da concorrência formulada pela Lei 12.529/11, pode-se destacar a mudança na análise de fusões e aquisições. Segundo a nova Lei de Defesa da Concorrência, os processos de análise de ato de concentração deverão ser submetidos ao CADE antes de serem consumadas as fusões ou aquisições, e não depois, como acontecia na vigência da Lei 8.884/94.

Até a década de 2010, o Brasil era um dos únicos países do mundo que ainda adotavam essa prática. De acordo com a Lei 12.529/11, o CADE tem prazo máximo de 240 dias para analisar as fusões, prorrogáveis por mais 90 dias, em caso de operações complexas.

## 1.6 A Estrutura Administrativa do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e a Lei 12.529.

Como se sabe, a Autoridade Antitruste tem como objetivo principal a estimular e fomentar a concorrência da economia, apurando e reprimindo as infrações à ordem econômica.

Como bem destaca Vizeu Figueiredo:

O objetivo principal do Sistema de Proteção à Concorrência é a promoção de uma economia competitiva por meio da prevenção e da repressão de ações que possam limitar ou prejudicar a disputa saudável ou transparente por parcelas de mercado relevante, com base na legislação vigente (FIGUEIREDO, 1975, p. 226)

A análise da Estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) fundamenta-se principalmente no do Direito Administrativo, visto que a Autoridade Antitruste brasileira é uma Autarquia regida por leis de Direito Público.

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica – (CADE) é uma autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal, que exerce, em todo o Território nacional, as atribuições dadas pela Lei nº 12.529, de 2011.

De acordo com a referida norma, O SBDC é composto por dois órgãos: O Conselho Administrativo de Defesa Econômica CADE e a Secretaria de Acompanhamento Enquanto a SEAE é uma Secretaria direta do Ministério da Fazenda, o CADE tem natureza jurídica de autarquia, vinculada ao ministério da Justiça. A Estrutura do CADE se divide em três:(a) O Tribunal de Administrativo de Defesa Econômica; (b) a Superintendência-Geral; (c) o Departamento de Estudos Econômicos. A SEAE tem como função opinar nos procedimentos em trâmite no CADE, que por sua vez quem emite uma decisão administrativa, ao Junto ao CADE também opera um Ofício do Ministério Público Federal, no qual o membro titular para atuar é designado pelo Procurador Geral da República.

Taufick, ao comentar a nova estrutura do SBDC, dada pela Lei 12.529/11, relaciona a semelhança entre a nova organização do CADE e o desenho da *Federal Trade Commission-FTC*, que é a autoridade Antitruste americana:

“A nova estrutura do CADE se aproxima do desenho da *Federal Trade Commission*, que é a estrutura norte-americana para o combate ao antitruste. O tripé (i) escritório de economia (*Bureau of Economics*, BE), (ii) escritório concorrencial (*Bureau of Competition*, BC) e (iii)

Tribunal (Comission), segundo o autor, é reproduzido na criação respectivamente, do Departamento de Estudos Econômicos, da Superintendência-Geral e do Tribunal Administrativo de Defesa Econômica. Popularmente a nova reestruturação vem sendo chamada de “SuperCade CADE” (TAUFICK, 29, 2012).

Sabe-se que o CADE tem como principal objetivo zelar pela livre concorrência no mercado, sendo o órgão responsável, no âmbito do Poder Executivo, por investigar e decidir, em última instância administrativa, sobre a matéria concorrencial, como também fomentar e disseminar a cultura da livre concorrência. Essa entidade exerce três funções: preventiva, repressiva e educacional.

A função repressiva, refere-se à investigação em todo o território nacional, e posteriormente ao julgamento de cartéis e das condutas nocivas à livre concorrência, elencadas nos incisos do artigo 36 da Lei 12.529/11.

A função preventiva consiste em analisar e posteriormente decidir sobre as fusões, aquisições de controle, incorporações e outros atos de concentração econômica entre grandes empresas que possam colocar em risco a livre concorrência. Essa função está principalmente mais vinculada ao Direito Empresarial e Societário.

Diferenciando-se da *Federal Trade Commission* (FTC - agência federal americana que atua tanto na defesa do consumidor quanto na defesa da concorrência) na terceira função, o CADE possui função educacional, que consiste em a população sobre as condutas que possam prejudicar a livre concorrência; incentivar e estimular estudos e pesquisas acadêmicas sobre o tema, firmando parcerias com universidades, institutos de pesquisa, associações e órgãos do governo.

Além disso, muitas vezes o próprio Órgão realiza cursos, palestras, seminários e eventos relacionados ao assunto, além de manter a Revista de Direito da Concorrência.

### **Tribunal Administrativo de Defesa Econômica:**

O Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, por sua vez, encontra seu embasamento legal no art. 9º Lei Antitruste Brasileira. Referido Tribunal é o órgão responsável pela aprovação dos processos administrativos relacionados a atos de concentração econômica e do julgamento dos processos administrativos relacionados a infrações à ordem econômica, com a consequente imposição de sanções administrativas – quando for o caso.

## **Superintendência-Geral**

A Superintendência-Geral, por sua vez, é o órgão responsável por instaurar e investigar a existência de condutas anticoncorrenciais, além de emitir pareceres sobre os aspectos concorrenciais dos atos de concentração em tramitação, instaurando e instruindo os inquéritos administrativos para aprovação/reprovação com restrições, no CADE. A Superintendência-Geral tem inclusive competência para arquivar os procedimentos e processos por insubsistência de indícios.

Fazendo uma interessante Analogia à atuação da Superintendência-Geral, Lessandra Nara compara a atuação daquele Órgão do SBDC ao Ministério Público:

A unidade não só assumirá a liderança da política nacional de combate aos cartéis como exercerá o filtro dos atos de concentração os quais instruirá e julgará independentemente da sua complexidade. Não obstante servirá de acusador perante o tribunal nos casos em que impuser restrições não negociáveis à operação – o que demandará clara separação de atribuições entre as duas Superintendências, de tal sorte a que uma se especialize em condutas e outra, na análise dos atos de concentração. (Taufick, 2012, p.76).

Assim sendo, o caráter investigativo da atuação da Superintendência Geral na repressão a condutas perante o CADE, em muito se assemelha com a atuação do Ministério Público na tutela de direitos difusos, salientando-se que, enquanto este órgão atua via tutela jurisdicional, àquela Superintendência atua na via administrativa.

## **Departamento de Estudos Econômicos**

O Departamento de Estudos Econômicos, por sua vez, é o órgão responsável pela elaboração de estudos e pareceres baseados na teoria econômica, revisando sempre que necessário a técnica utilizada para as decisões administrativas, conforme o disposto no artigo 17, da Lei 12.529/2011.

De acordo com Taufick:

[...] o DEE, atua em estudos econômicos e econométricos, incentivando a produção de *papers* e de estudos sobre os impactos das operações já aprovadas sobre a economia. A referida análise permite ao órgão o aperfeiçoamento dos instrumentos de análise e serve para consubstanciar a contestação da operação aprovada previamente após a verificação dos seus impactos anticoncorreciais sobre a economia. (TAUFICK, 2012, p.29)

Resumidamente, o Departamento de Estudos Econômicos é a principal fonte de alicerces técnicos de análise econômica para emissão de pareceres, seja por aspectos da eficiência seja por aspecto de aproveitamento do mercado, tanto das infrações à ordem

econômica quanto dos atos de concentração. Convém ressaltar que o mérito do processo administrativo do antitruste é econômico, assim sendo, o DEE exerce relevante função no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

A Secretaria de Acompanhamento Econômico - SEAE, órgão do Ministério da Fazenda, é o principal órgão do Poder Executivo encarregado de acompanhar os atos de concentração entre empresas e reprimir condutas anticoncorrenciais.

A Lei 12.529/11 reservou o Capítulo III<sup>9</sup> para tratar da Secretaria de Acompanhamento Econômico. À SEAE compete a elaboração de pareceres que opinem sobre a política de concorrência adotada, no sentido de subsidiar as decisões de órgãos do Governo Federal.

[...] ela promove a livre concorrência, opinando sobre proposições legislativas ou minutas de atos normativos nos aspectos relacionados ao tema, propondo a revisão de leis, decretos e regulamentos, manifestando-se sobre pedidos de revisão de tarifas e realizando estudos que avaliem a concorrência em setores específicos da economia, para subsidiar as decisões de órgãos governamentais. (CADE, 2013).

Como se pode observar, o perfil da SEAE está diretamente relacionado às três esferas de atuação do CADE, uma vez que é a SEAE quem realiza a chamada “advocacia da concorrência” diante dos órgãos do governo e a sociedade:

### **1.7 A Atuação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência no combate aos Cartéis.**

O combate às condutas anticoncorrenciais, de forma introdutória, consiste na apuração de condutas de empresas que podem configurar infração à ordem econômica.

Os cartéis podem ser configurados como acordos entre concorrentes para fixar coordenadamente preços ou quotas de produção, dividindo clientes e mercados de atuação.

Dessa forma, verifica-se que a referida prática prejudica seriamente os consumidores, pois causa aumento artificial dos preços e restringe a oferta, tornando os

---

<sup>9</sup> De acordo com o *caput* do artigo 19 do capítulo III que trata da Secretaria de Acompanhamento Econômico:

Art. 19. Compete à Secretaria de Acompanhamento Econômico promover a concorrência em órgãos de governo e perante a sociedade cabendo-lhe, especialmente, o seguinte: (...)

bens e serviços mais caros ou indisponíveis. Dentre as condutas anticompetitivas, o cartel é a mais grave lesão à concorrência. O poder de um cartel de limitar artificialmente a concorrência traz prejuízos também à inovação, por impedir que outros concorrentes aprimorem seus processos produtivos e lancem novos e melhores produtos no mercado.

Isso resulta em perda de bem-estar do consumidor e, no longo prazo, perda da competitividade da economia como um todo.

Segundo a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE, 2002), os cartéis geram um sobrepreço estimado entre 10 e 20%, se comparado ao preço em um mercado competitivo, causando perdas anuais de centenas de bilhões de reais aos consumidores.

Além de reprimidos administrativamente pelos órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, no Brasil, os cartéis também são alvo de investigações e punições nos âmbitos criminal e civil.

O crime de cartel é punível com reclusão de dois a cinco anos ou multa. De acordo com a Lei de Crimes contra a Ordem Econômica (Lei n. 8.137/90), podendo essa sanção ser aumentada de um terço até metade se o crime causar grave dano à coletividade, ou se for cometido por um servidor público ou se relacionar a bens ou serviços essenciais para a vida ou para a saúde.

Nos casos de cartéis, tanto a SEAE quanto a Superintendência-Geral do CADE podem promover averiguação preliminar ou instaurar o devido Processo Administrativo, conforme o caso, para apurar os fatos.

A antiga Lei 8.884/94 incumbia à Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça a tarefa de instaurar o processo administrativo, referente a uma conduta anticompetitiva.

A Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, por sua vez, era responsável pela elaboração do parecer a respeito da matéria. O Plenário do CADE, composto pelos seus 7 conselheiros, era responsável pela apreciação da matéria e através do poder de decisão administrativa, sobre a confirmação ou não de infração à ordem econômica, aplicando as medidas cabíveis, quando necessárias.

O combate aos cartéis tem sido tratado com prioridade pelo SBDC. Além dos órgãos que compõem o Sistema, a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça também tem utilizado ferramentas de investigação, como operações de busca e apreensão e a celebração de acordos de leniência para investigar cartéis. Igualmente, o

CADE passou a impor multas recordes a empresas e administradores considerados culpados pela prática de cartel(MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2008, p.8).

A partir da Lei 12.529/11 e da nova estrutura administrativa do CADE, em Superintendência-Geral e Tribunal Administrativo, ficou a cargo daquela Superintendência a função de instauração e instrução do processo administrativo de conduta anticompetitiva, solicitando, sempre que necessário, a elaboração e juntada de pareceres técnicos e econômicos do Departamento de Estudos Econômicos. O Tribunal Administrativo de Defesa da Concorrência, por sua vez, é o órgão responsável pela decisão administrativa.

Um dos ramos mais vulneráveis do mercado, que constantemente está sujeito à formação de cartéis é o mercado das compras públicas, ou das licitações públicas. Isso porque as licitações públicas são ambientes propícios para formação dos cartéis, em decorrência das várias formas de interação: fixação de preços, direcionamento privado de licitação, divisão de mercado, supressão de proposta, apresentação de propostas “pro forma”, rodízio, subcontratação entre outras, que a seguir serão avaliados.

Nas palavras do Ex-Conselheiro Cleveland Prates:

(...) acordo entre competidores para conjuntamente eleger o vencedor de determinada licitação pública, com o objetivo de favorecer todos os pactuantes mediante a concessão de mecanismos de compensação às empresas vencedoras. Essa prática pode envolver competidores acordando em não submeter propostas em determinada licitação, ou ainda a apresentação de propostas acima daquela eleita para vencer o certame. (CADE. Voto do Cons. Cleveland Prates no processo administrativo 08000.004436/1995-04 sobre licitações na Companhia de Saneamento Básico de São Paulo – SABESP).

No caso dos cartéis, tem-se que a referida prática necessita ser investigada e apurada, para que, no caso de sua confirmação, o Estado busque por meios legítimos condenação do agente infrator, respeitando as garantias constitucionais, dentre elas, o devido processo legal.

Quando recebe uma denúncia, a Superintendência-Geral analisa sua pertinência, verificando se há indícios suficientes a justificar uma investigação e se a matéria a ser investigada está no âmbito de sua competência legal. Dessa forma, o órgão evita dar prosseguimento a uma investigação que não é fundada em dados empíricos. Nesse diapasão, é de fundamental importância que, no curso da investigação, solicite informações a outros órgãos públicos ou empresas, em busca de elementos que lhe auxiliem a conduzir sua investigação.



Assim, com o intuito de conduzir o devido processo legal, é comum durante este tipo de investigação a participação da Advocacia-Geral da União - através da Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE - para obter autorização judicial e conduzir operações de busca e apreensão para a produção de provas da formação de cartel nos estabelecimentos dos investigados.

Trata-se de instrumento de investigação cada vez mais importante. Segundo dados do Ministério da Justiça, desde 2003, mais de 150 mandados de busca e apreensão de provas já foram cumpridos. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2008, p.16)

Por fim, insta salientar que, ao longo dos processos administrativos e judiciais, a Superintendência-Geral também coopera de forma significativa com as autoridades criminais que investigam a mesma prática, como por exemplo os Ministérios Públicos Estaduais e o próprio Ministério Público Federal. Ao concluir sua investigação, a Superintendência-Geral deve encaminhar ao Tribunal o seu parecer, o qual pode conter recomendação de condenação de empresas e indivíduos pela prática de cartel.

## **1.8 A Natureza Jurídica dos Cartéis.**

Os cartéis são acordos firmados entre concorrentes, que visam ao estabelecimento de preços acima dos patamares determinados pelas forças de mercado, ou seja, ao aumento dos lucros de forma unilateral, caracterizando, portanto, uma infração à Ordem Econômica.

Todavia, não se pode afirmar que todo tipo de acordo firmado entre concorrentes possa caracterizar uma violação à competitividade entre os produtores. Isso porque existem acordos entre competidores que não prejudicam a Ordem Econômica e, pelo contrário, geram ganho de eficiência e produtividade.

Pode-se citar como exemplos desses acordos as *jointventures*, as atividades de pesquisa e desenvolvimento, acordos para exportação e também, como se estudará especificamente mais adiante, os consórcios nas licitações públicas.

Sobre o tema, e defendendo um posicionamento do qual se compartilha, pode-se extrair os ensinamentos do Ex-Presidente do CADE, Gesner Oliveira, em sua obra elaborada conjuntamente com João Grandino Rodas:

A economia moderna exige, contudo, diferentes formas de cooperação entre concorrentes. Isso porque, aumentaram-se o grau de

interdependência entre as diferentes unidades produtoras. Assim, por exemplo, empresas de alta tecnologia podem fazer um acordo para desenvolver um novo processo ou produto; agricultores de uma região colaboram na erradicação de uma praga, pecuaristas adotam medidas de forma coordenada para combater uma doença como a febre aftosa; fornecedores acordam em relação a um padrão técnico necessário para atender clientes em escala global e assim por diante. Em situações desse tipo, as associações setoriais exercem papel importante na organização das empresas individuais.” (GESNER E RODAS, 2004, p. 41).

Mais adiante, os doutrinadores refutam qualquer possibilidade de se estabelecer um paradigma que defina todo e qualquer acordo entre concorrentes como sendo uma conduta apta a caracterizar por si só a formação de Cartel. Para tanto, e de forma didática, abordam o tema da seguinte forma:

Em primeiro lugar, não há que supor dano à concorrência se as empresas que estão cooperando, organizadas ou não por meio de associação, não possuem poder de mercado, isto é, não conseguem influenciar os preços e quantidades vendidas. Assim, pequenas empresas podem eventualmente formar uma rede para efetuar compras conjuntas sem necessariamente prejudicar o mercado.

Em segundo lugar, convém verificar se o objeto da cooperação poderia induzir ou facilitar a formação de um cartel. Por exemplo, a troca de informações sobre preços e quantidades vendidas pela firma individual em cada região não é normalmente permitida. Já a elaboração de informações agregadas sobre um determinado setor que permitam uma análise sobre seu desempenho constitui prática normal. Em terceiro lugar, a Lei 8894 é clara ao proibir práticas que venham a “influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes”. Assim, por exemplo, a declaração do presidente de uma associação setorial de que os produtos fabricados por seus associados deveriam ser reajustados em 5% ou 10%, estaria sujeita à acusação de estímulo à formação de Cartel (GESNER E RODAS, 2004, p. 41).

Outra forma de pacto que pode causar confusão nos intérpretes do Antitruste são os acordos para exportação. Todavia, da leitura do artigo 2º da Lei 12.529/11 pode-se observar que o referido diploma legal possui aplicação sobre o mercado-interno brasileiro. Abaixo se transcreve o dispositivo ora mencionado:

Art. 2º Aplica-se esta Lei, sem prejuízo de convenções e tratados de que seja signatário o Brasil, às práticas cometidas no todo ou em parte no **território nacional ou que nele produzam ou possam produzir efeitos** (grifou-se).

Ademais, o próprio Governo Federal sempre tende a fomentar a exportação na busca de uma balança comercial favorável. Sobre o tema, Paula Forgioni leciona:

É bastante comum (e inclusive incentivado por vários governos) que os exportadores unam-se de forma a enfrentar a concorrência internacional e maximizar os benefícios decorrentes da economia de

escala. São os chamados “cartéis de exportação”. Os governos dos países membros, com o escopo de propiciar o fortalecimento de suas exportações, geralmente não aplicam a Lei Antitruste para Coibir esse tipo de ajuste. (FORGIONI, 2008, p. 370).

Ainda sobre o tema, Paula Forgioni arremata:

Como é cediço, nada há de ilícito na associação de agentes econômicos, sendo essa prática, inclusive, assegurada pela Constituição Federal. Não obstante, a partir do momento em que essa associação é instrumento (ou disfarce) adotado pelos agentes econômicos para viabilizar prática anticompetitiva (ou seja, desde que haja a incidência de qualquer dos incisos do art. 20), esta haverá de ser considerada abusiva.

O CADE, desde a vigência da Lei 4.137 de 1962, tem entendido que somente podem ser considerados cartéis (e, portanto, reprimidos pela Lei Antitruste) os acordos entre agentes econômicos que produzem efeitos anticompetitivos capitulados no texto normativo. (FORGIONI, 2008, p. 357).

Admitir-se que todo pacto firmado entre concorrentes configure um cartel seria incorrer naquela visão atrasada e arcaica de economia. Dada a sua complexidade, a análise das infrações à ordem econômica exige visão holística, moderna e menos conspiratória sobre os agentes econômicos. Para tanto, há que se analisar os efeitos do acordo com fulcro no princípio da razoabilidade.

Sobre o tema ensina Leonardo Vizeu Figueiredo:

O abuso do poder econômico não é um ato ilícito de fácil identificação. Ao contrário do que ocorre na relação de consumo, em que as manobras engendradas são mais perceptíveis pelo cidadão comum, a prática econômica abusiva exige, para ser diagnosticada e configurada, altos conhecimentos técnicos, bem como especialização e prática profissional. (FIGUEIREDO, 2011, p. 260).

Superada a possibilidade de uma visão fechada sobre os acordos entre concorrentes, passa-se a análise da natureza jurídica dos Cartéis.

O SBDC se preocupa basicamente com dois tipos de ações que interferem na ordem econômica: o controle de estruturas de mercados, que seriam basicamente a análise de fusões e aquisições de empresas e o seu impacto sobre o mercado relevante e o controle de condutas, que seriam os atos contrários à Ordem Econômica passíveis de punição.

As infrações administrativas à ordem econômica estão delineadas no artigo 36 da Lei de Proteção 12.529<sup>10</sup> e são punidas independentemente de culpa. A infração tipificada no art. 36 procurou abranger uma série de condutas que caracterizam a formação de cartel.

Como se pode observar, as infrações administrativas previstas na Lei em questão são de tipificação aberta, isto é, a aplicação dessas normas permite uma grande maleabilidade por parte do intérprete.

Todavia, cumpre destacar que o grau flexibilidade estabelecido no artigo 36 não afasta o princípio da legalidade, eis que os subsequentes incisos do parágrafo terceiro do referido artigo tratam de exemplificar condutas que caracterizam infrações à ordem econômica.

Nesse sentido, ensina Leonardo Vizeu Figueiredo:

Trata-se de infração administrativa de tipificação aberta, trazendo a Lei de Proteção à Concorrência (12.529 de 2011), em seu artigo 36, 3º, rol exemplificativo de condutas que poderão caracterizar-se como infração à ordem econômica, independentemente de outras. Para tanto, basta que toda e qualquer conduta praticada por agente econômico, independentemente da vontade destes, redunde na produção de efeitos previstos no artigo 36. Assim, resta claro que trata de infração de caráter objetivo”. (FIGUEIREDO, 2011, p. 270).

Ao longo dos últimos anos, o CADE vem formulando diversas normas de direito material, definindo o que constituem práticas restritivas suscetíveis de repressão. O Anexo I da resolução 20 do CADE estabelece a diferenciação entre práticas restritivas horizontais e verticais.

As práticas restritivas verticais são as restrições impostas por produtores/ofertantes de bens ou serviços em determinado mercado de origem sobre mercados relacionados verticalmente – a montante ou a jusante – ao longo da cadeia produtiva (mercado alvo). Em suma, seriam as restrições impostas pelos ofertantes aos demandantes.

---

<sup>10</sup> Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros;

IV – exercer de forma abusiva posição dominante.

As restrições verticais, por sua vez, são anticompetitivas, pois implicam na criação de mecanismos que aumentam as barreiras à entrada para competidores potenciais, além de elevarem os custos dos competidores efetivos e, ainda por vezes, aumentarem a probabilidade de exercício coordenado de poder de mercado por parte de produtores/ofertantes, fornecedores ou distribuidores.

As condutas mais comuns de práticas restritivas verticais são: a) Fixação de preços de revenda; b) Restrições territoriais e de base de clientes; c) Acordos de exclusividade; d) Recusa de negociação; e) Venda casada; f). Discriminação de preços.

Enfrentadas - ainda que de forma superficial - as práticas restritivas verticais, passa-se à análise das práticas restritivas horizontais.

Em relação às práticas restritivas horizontais, o Anexo I da resolução 20 de junho 1999 do CADE estabelece:

#### A. PRÁTICAS RESTRITIVAS HORIZONTAIS

As práticas restritivas horizontais consistem na tentativa de reduzir ou eliminar a concorrência no mercado, seja estabelecendo **acordos entre concorrentes no mesmo mercado** relevante com respeito a preços ou outras condições, seja praticando preços predatórios. Em ambos os casos visa, de imediato ou no futuro, em conjunto ou individualmente, o aumento de poder de mercado ou a criação de condições necessárias para exercê-lo com maior facilidade. (Resolução 20 CADE, 1999) (grifou-se).

Mais adiante, a Resolução demonstra as situações mais comuns, de práticas restritivas horizontais, sendo Cartéis a primeira elencada:

- 1. Cartéis: acordos explícitos ou tácitos entre concorrentes do mesmo mercado, envolvendo parte substancial do mercado relevante, em torno de itens como preços, quotas de produção e distribuição e divisão territorial, na tentativa de aumentar preços e lucros conjuntamente para níveis mais próximos dos de monopólio.** Fatores estruturais podem favorecer a formação de cartéis: alto grau de concentração do mercado, existência de barreiras à entrada de novos competidores, homogeneidade de produtos e de custos, e condições estáveis de custos e de demanda.
2. Outros acordos entre empresas: restrições horizontais que envolvam apenas parte do mercado relevante e/ou esforços conjuntos temporários voltados à busca maior eficiência, especialmente produtiva ou tecnológica. Estes exigem avaliação mais complexa, tanto por terem efeitos anticompetitivos possivelmente menores que os cartéis, quanto pela necessidade de avaliar eventuais eficiências econômicas, requerendo uma aplicação mais ponderada do princípio da razoabilidade.
3. Ilícitos de associações profissionais: quaisquer práticas que limitem injustificadamente a concorrências entre os profissionais, principalmente mediante conduta acertada de preços.

4. Preços predatórios: prática deliberada de preços abaixo do custo variável médio, visando eliminar concorrentes para, em momento posterior, poder praticar preços e lucros mais próximos do nível monopolista. (Resolução 20 CADE, junho de 1999) (grifou-se).

Sobre as práticas restritivas horizontais, Genser Oliveira e João Grandino Rodas, ao citarem Adam Smith, assim lecionam:

Ao contrário das práticas verticais, as práticas horizontais foram sempre consideradas de maior potencial de dano ao mercado. Isso porque são ações entre concorrentes que, como o nome sugere devem concorrer no mercado e não cooperar entre si. Os economistas sempre foram céticos em relação às motivações de eventuais reuniões de empresários do mesmo setor. Adam Smith afirmou em sua obra clássica de 1776, a riqueza das Nações, que *“as pessoas do mesmo ofício ou da mesma área de negócios raramente se encontram, mesmo para entretenimento e diversão, mas se tiver lugar, a conversa sempre termina em conspiração contra o público ou em algum esquema para elevar os preços”*. (GESNER E RODAS, 2004, p. 40).

A formação de Cartéis é considerada conduta anticompetitiva e se enquadra no controle de condutas do SBDC. Trata-se, pois, de prática restritiva horizontal.

Ivo Gico Jr, ao tratar de cartéis, ensina:

É o fato de os membros dos cartéis estarem na mesma linha de uma cadeia produtiva que justifica a adoção da nomenclatura. Em contraposição, temos as colusões verticais, ocorrentes entre agentes econômicos em níveis de diferentes de cadeia produtiva, mercados verticalmente relacionados, porém diversos. (GICO JÚNIOR, 2006, p. 178).

Paula Forgioni, por sua vez, de forma coesa destaca:

Acordos horizontais são aqueles celebrados entre agentes econômicos que atuam em um mesmo mercado relevante (geográfico e material) e estão, portanto, em direta relação de concorrência. (FORGIONI, 2008, p. 353).

De forma simples, verifica-se que o cartel pode ser caracterizado como conduta anticoncorrencial, mais especificamente como prática restritiva horizontal, consubstanciada em um acordo entre concorrentes visando à eliminação da concorrência comercial.

Ainda assim, a análise detalhada dos cartéis sugere imersão mais incisiva sobre a matéria. Essa profundidade do tema pode ser encontrada na doutrina de Ivo Givo Jr que, ao analisar o assunto, assim ensina:

Uma passada de olhos pelas literaturas especializada de outras áreas permite constatar a considerável riqueza vocabular sobre cartéis, em contraposição à carência de determinação no âmbito jurídico, no qual a definição de colusão horizontal foi pouco desenvolvida.

Um bom exemplo desse fenômeno é a criação do termo inglês *hard core cartel* (algo como a ideia central de um conceito maior de cartel), que encerra pouco conteúdo cognitivo além de uma lista de práticas consideradas danosas, de questionável valor jurídico devido à sua inerente elasticidade. O termo foi definido pela Organização de Cooperação e de Desenvolvimento Econômico (CODE) da seguinte forma:

a) Cartel *hardcore* é um acordo anticompetitivo, uma prática concertada anticompetitiva, ou um arranjo anticompetitivo entre concorrentes par afixar preços, apresentar propostas viciadas, (ofertas colusivas), estabelecer restrições de produção ou quotas, ou compartilhar ou dividir mercados pela alocação de clientes, fornecedores, territórios ou linhas de comércio. (GICO JÚNIOR, 2006, p. 167).

Mais adiante, observando a etimologia da palavra, o doutrinador vai além:

De acordo com o Dicionário Aurélio, o cartel coalização e colusão podem ser definidos como:

Cartel.[...]. Acordo Comercial entre empresas produtoras , as quais, embora conservem a autonomia interna, se organizem em sindicato para distribuir entre si cotas de produção e os mercados, e determinar os preços, suprimindo a livre concorrência. [CF. (nesta acepç). Coalização (3)] 4. Acordo entre chefes de militares beligerantes, acerca das medidas de interesse comum ou vantagens recíprocas, sobretudo, troca de prisioneiros.

“Coalizão. [...] 3.*Econ.* Coligação de produtores da mesma categoria, que objetivam vantagens comuns ou lucros arbitrários, ou visam a proteger-se contra a concorrência desleal. 4. Jur. Consórcio, convênio, ajuste, aliança, ou fusão de capitais, de caráter criminoso, para impedir ou dificultar a concorrência, ou visando o aumento de lucros arbitrários [...]

Colusão.[...] Ajuste Secreto e fraudulento entre duas ou mais partes, com prejuízo para terceiro; conluio.” (GICO JÚNIOR, 2006, p. 168-169).

Ivo Givo Jr trata de estabelecer a relação entre o termo cartel e o termo conluio.

Em termos conceituais, os vários tipos de efeitos anticompetitivos resultantes de uma colusão horizontal podem ser resumidos na expressão **tendência à dominação de mercado**, isto é, cartéis são cooperações entre concorrentes razoavelmente não associáveis a qualquer tipo de eficiência ou efeito pró-competitivo relevante e, portanto, tendentes a aproximar um dado mercado do resultado monopolístico, dominando-o ilicitamente.

Dessa forma, temos que colusões horizontais são atos colusivos, entre concorrentes potenciais ou efetivos, autônomos, potencialmente

resultantes em vantagens comuns decorrentes da supressão total ou parcial da livre concorrência, tendentes a dominação de um lado do mercado relevante. (GICO JÚNIOR, 2006, p.215-216).

Em sentido lato, mais adiante o autor salienta a ausência do termo “Cartel” na redação dada pela lei 8.884/94, ausência que foi mantida na Lei 12.529/11:

A despeito da Lei 8.884/94 não utilizar expressamente a expressão cartel ou colusão horizontal em seus arts 36, o CADE no Anexo I da Resolução 20/99, reconhece especificamente a figura e a classifica como uma prática horizontal.

[...]

Em resumo, de acordo com a resolução, cartel é o resultado de um acordo entre concorrentes, com alta participação agregada de mercado, sobre variáveis concorrencialmente relevantes no intuito de elevar preços e lucros próximos ao nível monopolístico. Essa definição, por sua vez, também se enquadra em termos gerais na descrição econômica de cartel elaborada no Capítulo II e abarca as hipóteses do art. 21 em que é proibido celebrar TCC. (GICO JÚNIOR, 2006, p. 170).

Assim sendo, verifica-se que o cartel tem o poder de limitar de forma artificial a competitividade, acarretando prejuízos também à inovação, ao evitar que outros concorrentes aperfeiçoem seus processos de produção e ofereçam produtos melhores e com preços mais acessíveis ao mercado consumidor. Esse domínio artificial do cartel ocasiona perda do bem-estar do consumidor e, no longo prazo, perda da competitividade da economia (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2009, p. 16).

É necessário lembrar que os cartéis geram um sobrepreço estimado entre 10 e 20%, se comparado ao preço em um mercado competitivo, causando perdas anuais de centenas de bilhões de reais aos consumidores. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2009, p. 16).

Sobre o assunto, leciona Gesner Pereira:

O Cartel constitui um acordo entre concorrentes com o objetivo de maximização conjunta de lucro. Assim, em vez de empresas concorrerem entre si, passam a coordenar suas ações de forma a obter os maiores lucros possíveis em detrimento dos consumidores. Quando ocorre esse tipo de ação concertada, a quantidade produzida é menor e o preço maior, reduzindo o bem-estar.

O cartel pode ocorrer sob diversas formas. Pode incluir acordo de preços acerca de formas de participação em licitações públicas ou privadas, divisão de clientes e territórios e restrição da produção, entre outros.

Porém é correto afirmar que o pequeno número de empresas constitui um dos fatores que tornam mais provável a ocorrência de cartel. Assim, mercados competitivos, caracterizados pela presença de várias empresas, apresentam menor número de casos de cartel. (GESNER E RODAS, 2004, p. 41).



Paula Forgioni assim descreve os cartéis:

Os acordos celebrados entre empresas concorrentes (que atuam, pois, no mesmo mercado relevante geográfico e material) e que visam a neutralizar a concorrência existente entre elas são denominados *cartéis*. Tome-se, a esse respeito, a lição de Nelson de Azevedo Branco e Celso de Albuquerque Barreto: “(...) o cartel representa um acordo, um ajuste, uma convenção, de empresas independentes, que conservam, apesar desse acordo, sua independência administrativa e financeira (...) O Cartel tem como precípua objetivo eliminar ou diminuir a concorrência e conseguir o monopólio em determinado setor da atividade econômica. Os Empresários agrupados em cartel têm por finalidade obter condições mais vantajosas para os partícipes, seja na aquisição da matéria-prima, seja na conquista dos mercados consumidores, operando-se desta forma, a eliminação do processo normal da concorrência.” (FORGIONI, 2008, p. 355).

Na ordem jurídica brasileira, cumpre lembrar que os cartéis configuram-se tanto em uma infração administrativa à ordem econômica, sendo os agentes da infração passíveis de reprimenda por parte do SBDC, como também em crime contra a ordem econômica, previsto no art. 4º da Lei n.º 8.137, de 1990<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> Dispõe o referido dispositivo: “Art. 4º Constitui crime contra a ordem econômica: II - formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando: a) à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas; b) ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas; c) ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores. Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa”.

## **2. A Formação de Cartéis em Licitação**

### **2.1 Breves Considerações acerca da Lei 8.666/93.**

Antes de se adentrar no tema específico deste capítulo, convém estudar alguns aspectos do instituto da Licitação.

De acordo com Carvalho Filho, a licitação consiste em:

Procedimento administrativo vinculado por meio do qual os entes da administração pública e aqueles por ela controlados, selecionam a melhor proposta oferecidas pelos vários interessados com dois objetivos - a celebração do contrato, ou a obtenção do melhor trabalho técnico artístico ou científico.(CARVALHO FILHO, 2012, p. 234)

Esse procedimento decorre do mandamento constitucional previsto no artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal de 1988 que vincula a Administração Pública a necessidade de Licitação para aquisição de obras, serviços, compras e alienações.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Conforme se infere do referido dispositivo, a administração pública não pode abdicar do certame licitatório antes da celebração de seus contratos, salvo em situações excepcionais definidas em lei. Trata-se do princípio da obrigatoriedade de licitação, decorrente do supracitado dispositivo legal (CARVALHO FILHO, 2011, p.235).

Além disso, convém lembrar que o fundamento constitucional da licitação é o princípio da moralidade administrativa, previsto no *caput* do artigo 37, além do princípio da igualdade e da impessoalidade que se consubstancia na igualdade de oportunidades a todos quantos se interessam em contratar com a Administração fornecendo seus serviços e bens ou apresentando projetos de natureza técnica, científica ou artística (CARVALHO FILHO, 2012, p. 240).

Toda licitação deve observar os princípios previstos no artigo 37 da Constituição Federal, a saber: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

A Lei 8.666/93, que regulamentou o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal e tratou de estabelecer normas gerais sobre licitações e contratos administrativos no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

De acordo com a norma em questão, são cinco as modalidades de licitação: a concorrência, a tomada de preços, o convite, o concurso e o leilão.

Cumprе lembrar, entretanto, que a Lei n. 10.520, de 17 de julho de 2002 acrescentou ainda uma nova modalidade de licitação: o pregão.

Ademais, recentemente foi editada a Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC. De acordo com a norma mencionada essa nova modalidade de licitação, o Regime Diferenciado de Contratações – RDC, objetiva ampliar a eficiência nas contratações públicas e a competitividade, bem como promover a troca de experiências e tecnologia e incentivar a inovação tecnológica, sendo aplicável exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização: dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016; da Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação - Fifa 2013; da Copa do Mundo Fifa 2014; de obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 km (trezentos e cinquenta quilômetros) das cidades sedes dos mundiais; e das ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC).

Ainda em relação ao Regime Diferenciado de Contratação, a Lei nº 12.722, de 3 de outubro de 2012, possibilitou ao Governo Federal estender o uso para as licitações e contratos necessários à realização de obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino.

Como se pôde perceber diversas são as formas de licitação e em todas elas é possível a configuração de acordos entre os concorrentes de modo a aumentarem o preço dos contratos administrativos, causando prejuízo ao erário.

Salienta-se que, apesar de pessoas físicas participarem de procedimentos licitatórios, a complexidade de participar de uma licitação, imposta pela Lei 8.666/93, exige cada vez mais especialização daqueles que querem contratar com a Administração Pública.

Nesse sentido, tem-se observado cada vez mais a participação de pessoas jurídicas nos procedimentos licitatórios. Tanto pessoas físicas quanto pessoas jurídicas que participam de licitações estão sujeitas ao controle de condutas pelo Sistema Brasileiro de Defesa de Concorrência, além das punições elencadas na Lei n. 8.666/93.

Todavia, dada a complexidade dos cartéis formados para fraude em licitações exigirem conhecimento e especialização, observa-se que nestes casos, as pessoas envolvidas nas infrações estão constituídas na forma de sociedades empresariais.

A seguir, examinar-se-á os sujeitos às penalidades previstas no ordenamento jurídico em face da formação de carteis.

## **2.2. A Lei 8666/93, o ambiente licitatório e a formação de Cartéis**

Ainda que grande parte da Doutrina de Direito Administrativo relacione Licitações aos princípios da Legalidade; Moralidade e Impessoalidade; Igualdade; Publicidade; Probidade Administrativa; Vinculação ao Instrumento Convocatório e Julgamento Objetivo, são poucos os autores que tratam da importância da competitividade no certame licitatório, ainda em menor escala são os que relacionam as Licitações aos princípios da livre concorrência e da livre iniciativa no artigo 170 da Constituição Federal de 1988.

Celso Antônio Bandeira de Mello, ao tratar das compras públicas, faz alusão ao termo “disputa”, isto é, a competição entre os participantes da licitação. Segundo o autor, a licitação é:

Um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem **disputa entre os interessados** em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas. (MELLO, 2002, p. 466).

Aqui se faz uma intervenção necessária para pontuar a principal diferença entre a Lei 8.666/93 e a Lei 12.529. Enquanto aquela tutela a Administração Pública, especialmente no tocante às compras e aos contratos administrativos, ou seja, o interesse do Estado; esta se preocupa com a Ordem Econômica, que é interesse difuso da sociedade civil. Desta forma, apesar de intimamente relacionadas, cada diploma legal tem um objetivo.

O que se deve e se deseja demonstrar é, assim, a necessidade da interpretação conjunta da Lei Antitruste com a Lei de Licitações quando da elaboração de editais e a condução dos processos licitatórios, a fim de promover o caráter competitivo das compras públicas.

O principal problema, e que aqui se tenta explicitar, é a sanção prevista no art. 99, §1º da Lei 8.666/93, a qual se considera muito branda, diante da lesão causada pelo cartel. A seguir, transcreve-se o dispositivo supracitado:

Art. 99. A pena de multa cominada nos arts. 89 a 98 desta Lei consiste no pagamento de quantia fixada na sentença e calculada em índices percentuais, cuja base corresponderá ao valor da vantagem efetivamente obtida ou potencialmente auferível pelo agente.

**§ 1º Os índices a que se refere este artigo não poderão ser inferiores a 2% (dois por cento), nem superiores a 5% (cinco por cento) do valor do contrato licitado ou celebrado com dispensa ou inexigibilidade de licitação.**

§ 2º O produto da arrecadação da multa reverterá, conforme o caso, à Fazenda Federal, Distrital, Estadual ou Municipal. (grifou-se)

Por outro lado, as penalidades previstas na Lei Federal 12.529/11 estabelecem severas multas, que são calculadas sobre o faturamento do agente econômico e recolhidas para o fundo de direitos difusos.

Art. 37. A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas:

I - no caso de empresa, **multa de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, a qual nunca será inferior à vantagem auferida,** quando for possível sua estimação;

II - no caso das demais pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, que não exerçam atividade empresarial, não sendo possível utilizar-se o critério do valor do faturamento bruto, a multa será entre R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e R\$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais);

III - no caso de administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida, quando comprovada a sua culpa ou dolo, multa de 1% (um por cento) a 20% (vinte por cento) daquela aplicada à empresa, no caso previsto no inciso I do caput deste artigo, ou às pessoas jurídicas ou entidades, nos casos previstos no inciso II do caput deste artigo.

§ 1º Em caso de reincidência, as multas cominadas serão aplicadas em dobro.

§ 2º No cálculo do valor da multa de que trata o inciso I do caput deste artigo, o Cade poderá considerar o faturamento total da empresa ou grupo de empresas, quando não dispuser do valor do faturamento no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, definido pelo Cade, ou quando este for apresentado de forma incompleta e/ou não demonstrado de forma inequívoca e idônea. (grifou-se).

Mais adiante a alínea “d”, do parágrafo 3º faz expressa menção à fraude ao caráter competitivo das licitações públicas, nos seguintes termos:

§ 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma:

a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente;

- b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços;
- c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos;
- d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública;** (grifou-se).

Impende-se registrar que a Lei 8.884/94 já previa através do artigo 21, inciso VIII, a configuração da fraude ao caráter competitivo de licitações, como infração à ordem econômica, na seguinte forma:

Art. 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica;

**VIII - combinar previamente preços ou ajustar vantagens na concorrência pública ou administrativa;** (grifou-se)

Além disso, a análise de cartéis em licitações sob a ótica da legislação antitruste permite aqueles que tenham sido lesados pelo cartel a possibilidade de ingresso com ação de reparação pelo dano experimentado, baseada na responsabilidade civil extracontratual.

Atualmente, a sociedade brasileira e a mídia têm dado bastante atenção às fraudes em licitações, como aquelas caracterizadas pela corrupção dos pregoeiros e dos agentes públicos.

Todavia, os desvios cometidos em licitações caracterizam-se não somente pelos interesses dos agentes públicos corruptos, mas também pelo comportamento de empresas, que frequentemente cometem atos contrários à competição na esfera das compras públicas.

Isso porque o ambiente licitatório é muitas vezes o nicho perfeito para a formação de cartéis visto que os agentes econômicos envolvidos no leilão podem agir de várias formas coordenadas.

Em se tratando de licitações públicas, sabe-se que a elaboração da melhor proposta confere ao participante maior chance de vitória no certame e a consequente adjudicação do contrato administrativo.

A Direção Geral da Concorrência, órgão da Comissão Européia, ao elaborar seu Relatório Final intitulado “*The Economics of Tacit Collusion*” – A Economia da Colisão Tácita - tratou de destacar a fragilidade das licitações à formação de cartéis em determinadas situações, nos seguintes termos:

O Mercado das Licitações.

O princípio acima revisado (Conluio) aplica-se aos mercados de licitação. O conluio é mais fácil de ocorrer, por exemplo, quando há menos concorrentes

que participam repetidamente dos mesmos mercados de licitação, do que quando a frequência desses mercados é alta (por exemplo, os mercados diários).

Ademais, o mercado de licitações pode ser concebido de duas maneiras, a primeira aquele formado pelas licitações que tendem a impedir o conluio, e a segunda daquelas licitações que tendem a facilitar formação de cartéis.

Os leilões públicos com propostas confidenciais geram menos informação (isto é, salvo se o leiloeiro revela os detalhes de todas as licitações depois) do que aquelas licitações sem propostas confidenciais, nas quais os vendedores observam a cada momento o preço atual da licitação.

**Portanto, um olhar mais atento sobre a organização do mercado de licitações pode ser necessário para avaliar a probabilidade da formação de cartéis.** (COMISSÃO EUROPEIA, 2003, p. 62). Grifou-se <sup>12</sup>.

Além disso, para que o processo licitatório alcance o seu objetivo principal, qual seja a proposta mais vantajosa para a Administração Pública, é de suma importância que cada participante formule sua proposta de forma independente, isto é, sem prévio contato ou troca de informações entre os concorrentes, evitando assim a fraude ao caráter competitivo do procedimento administrativo.

Nesta senda, os participantes da licitação, ao promoverem um acordo estipulando quem deverá vencer a licitação ou qual será o preço estipulado por cada um, seja pela coletânea de informações ou pela estipulação da metodologia a ser adotada durante o certame, estarão incorrendo em infração à ordem econômica.

Gesner Pereira e João Grandino Rodas, ao tratarem dos cartéis, estabelecem as principais características que indicam a provável ocorrência de cartéis nos seguintes termos:

Além do número de empresas no mercado relevante, ou grau de concentração da produção, vários outros fatores tornam mais provável a ocorrência de cartéis:

- A homegeinidade do produto permite uma avaliação acurada do diferencial de preços entre as empresas
- Fases mais maudras do ciclo do produto tornam inovações menos frequentes, mantendo estável a tecnologia e os custos.
- Condições de demanda estáveis;
- A inelasticidade da demanda reflete o menor leque de alternativas para o consumidor, elevando o poder de mercado

---

<sup>12</sup> Tradução do autor para: “3. *Bidding markets. The principles reviewed above apply to bidding markets as well. For example, collusion is easier when there are fewer bidders that repeatedly participate in the same bidding markets, when the frequency of these markets is high (e.g., daily markets), and so forth. In addition, however, bidding markets can be designed in ways that either hinder or facilitate collusion. For example, sealed bid auctions generate less information (that is, except if the auctioneer reveals the details of all the bids afterwards) than public descending procurement auctions, where sellers observe at each moment who is still bidding at the current price. Therefore, a close look at the organisation of the bidding markets may be necessary to assess the likelihood of collusion*”.

- Restrições verticais permitem controle sobre aquisição de insumos sobre a rede de distribuidores, facilitando a coordenação entre membros do cartel;
- A ocorrência de licitações frequentes induz a um processo de aprendizado das políticas de preços entre os concorrentes
- Elevadas barreiras à entrada impede a atração de entrantes em busca de lucros extraordinários do cartel.
- Circunstâncias que levem ao aprendizado acerca das políticas de preços entre concorrentes como no caso de licitações periódicas. (GESNER E RODAS, 2004, p. 41).

Sabe-se que o ambiente licitatório envolve geralmente as empresas que atuam no mesmo mercado. Assim sendo, a constante participação nos mesmos procedimentos licitatórios implica no contato direto entre as empresas concorrentes.

Esse contato constante gera a possibilidade de as empresas do mesmo setor definirem uma estratégia comum para o aumento de seus preços, ou seja, de formarem um cartel. Estabelecido o cartel, as empresas membro podem criar mecanismos de identificação e punição de eventuais desvios do acordo estabelecido.

Comparando a supracitada lição dos doutrinadores brasileiros com as diretrizes para combater conluio entre concorrentes em contratações elaboradas pela OCDE, em fevereiro de 2009, pode-se observar que as licitações são ambientes propícios para a formação de cartéis.

Segundo a OCDE são quatro as principais formas de atuação dos cartéis em se tratando de licitação ou compras públicas:

***a) Cover Bidding (Complementary bidding):***

**Propostas Fictícias ou de Cobertura.** As propostas fictícias, ou de cobertura (também designadas como complementares, de cortesia, figurativas, ou simbólicas) são a forma mais frequente de implementação dos esquemas de conluio entre concorrentes. Ocorre quando indivíduos ou empresas combinam submeter propostas que envolvem, pelo menos, um dos seguintes comportamentos: (1) Um dos concorrentes aceita apresentar uma proposta mais elevada do que a proposta do candidato escolhido, (2) Um concorrente apresenta uma proposta que já sabe de antemão que é demasiado elevada para ser aceita, ou (3) Um concorrente apresenta uma proposta que contém condições específicas que sabe de antemão que serão inaceitáveis para o comprador. As propostas fictícias são concebidas para dar a aparência de uma concorrência genuína entre os licitantes.

***b) Bid Supression:***

**Supressão de propostas.** Os esquemas de supressão de propostas envolvem acordos entre os concorrentes nos quais uma ou mais empresas estipulam abster-se de concorrer ou retiram uma proposta previamente apresentada para que a proposta do concorrente escolhido seja aceite. Fundamentalmente, a supressão de propostas implica que uma empresa não apresenta uma proposta para apreciação final.

***c) Bid Rotation:***

**Propostas Rotativas ou Rodízio.** Nos esquemas de propostas rotativas (ou rodízio), as empresas conspiradoras continuam a concorrer, mas combinam apresentar alternadamente a proposta vencedora (i.e. a proposta de valor



mais baixo). A forma como os acordos de propostas rotativas são implementados pode variar. Por exemplo, os conspiradores podem decidir atribuir aproximadamente os mesmos valores monetários de um determinado grupo de contratos a cada empresa ou atribuir a cada uma valores que correspondam ao seu respectivo tamanho.

**d) Market Allocation:**

**Divisão do Mercado.** Os concorrentes definem os contornos do mercado e acordam em não concorrer para determinados clientes ou em áreas geográficas específicas. As empresas concorrentes podem, por exemplo, atribuir clientes específicos ou tipos de clientes a diferentes empresas, para que os demais concorrentes não apresentem propostas (ou apresentem apenas uma proposta fictícia) para contratos ofertados por essas classes de potenciais clientes. Em troca, o concorrente não apresenta propostas competitivas a um grupo específico de clientes atribuído a outras empresas integrantes do cartel. (OCDE, 2009, p. 2 e 3).

Impende-se destacar que as modalidades acima elencadas não são excludentes. Na realidade, uma prática restritiva geralmente está atrelada com outra a prática do “rodízio” pode ser combinado com a divisão de mercado (os concorrentes combinam a alternância dos vencedores em um grupo de licitações, para dar a impressão de efetiva concorrência), e o direcionamento da licitação pode ser implementado pela apresentação de propostas inviáveis e complementado por subcontratação.

No Brasil, tanto a União quanto os entes Federativos têm adotado o modelo de descentralização das licitações, isto é, aquele modelo em que cada unidade gestora promove as licitações para suprir suas necessidades. Esse modelo, apesar de mais dinâmico, acaba por aumentar a frequência dos contatos entre empresas de determinados setores e diminuir a interação entre os gestores públicos.

Houve algumas tentativas por parte da Administração Pública de melhora, como a adoção do Sistema de Registro de Preços - procedimento com base em planejamento de um ou mais órgãos públicos para futura contratação de bens e serviços, por meio de licitação na modalidade de concorrência ou pregão, em que as empresas vencedoras assumem o compromisso de fornecer bens e serviços a preços e prazos registrados em uma ata específica. A contratação só é realizada quando melhor convier aos órgãos/entidades que integram essa Ata.

Todavia, o modelo carece de aplicação entre os membros da Federação, eis que o Tribunal de Contas da União emitiu a Orientação Normativa de nº 21, determinando que a Administração Pública Federal não utilize registro de preços de outros entes da Federação, o que cria um bloqueio entre os Órgãos da Administração Pública, nos seguintes termos:

ORIENTAÇÃO NORMATIVA Nº 21:

Ementa: É VEDADA AOS ÓRGÃOS PÚBLICOS FEDERAIS A ADESÃO À ATA DE REGISTRO DE PREÇOS QUANDO A LICITAÇÃO TIVER SIDO REALIZADA PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ESTADUAL, MUNICIPAL OU DO DISTRITO FEDERAL, BEM COMO POR ENTIDADES PARAESTATAIS (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, Acórdão 1.487/2007-Plenário).

Em que pesem as dificuldades dos gestores públicos na condução de procedimentos licitatórios, seja pelos mecanismos a ele inerentes, seja pela dificuldade de manter o registro de preços, o Ministério da Justiça tem alertado a Administração Pública em geral para essa necessidade de atenção aos cartéis.

Para tanto, o Ministério da Justiça, através do Departamento de Proteção e Defesa Econômica, elaborou o Guia para pregoeiros e membros de comissão de licitação. Dele, podem-se extrair as principais formas de interação entre empresas no ambiente licitatório:

*a) Fixação de preços*, na qual há um acordo firmado entre concorrentes para aumentar ou fixar preços e impedir que as propostas fiquem abaixo de um “preço base”.

*b) Direcionamento privado da licitação*, em que há a definição de quem irá vencer determinado certame ou uma série de processos licitatórios, bem como as condições nas quais essas licitações serão adjudicadas.

*c) Divisão de mercado*, representada pela divisão de um conjunto de licitações entre membros do cartel, que, assim, deixam de concorrer entre si em cada uma delas. Por exemplo, as empresas A, B e C fazem um acordo pelo qual a empresa A apenas participa de licitações na região Nordeste, a empresa B na região Sul e a empresa C na região Sudeste.

*d) Supressão de propostas*, modalidade na qual concorrentes que eram esperados na licitação não comparecem ou, comparecendo, retiram a proposta formulada, com intuito de favorecer um determinado licitante, previamente escolhido.

*e) Apresentação de propostas “pro forma”*, caracterizada quando alguns concorrentes formulam propostas com preços muito altos para serem aceitos ou entregam propostas com vícios reconhecidamente desclassificatórios. O objetivo dessa conduta é, em regra, direcionar a licitação para um concorrente em especial.

*f) Rodízio*, acordo pelo qual os concorrentes alternam-se entre os vencedores de uma licitação específica. Por exemplo, as empresas A, B e C combinam que a primeira licitação será vencida pela empresa A, a segunda pela empresa B, a terceira pela empresa C e assim sucessivamente.

*g) Sub-contratação*, pela qual concorrentes não participam das licitações ou desistem das suas propostas, a fim de serem sub-contratados pelos vencedores. O vencedor da licitação a um preço supra-competitivo divide o sobre-preço com o subcontratado (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2008, p 9-10).

O resultado obtido através destes desvios é o aumento dos preços pagos pela Administração Pública e a transferência ilegítima de recursos para os membros do cartel.

Segundo a Cartilha do Ministério da Justiça, os principais sintomas de fraudes competitivas em cartéis são:

- As propostas apresentadas possuem redação semelhante ou os mesmos erros e rasuras.
- Certos fornecedores desistem, inesperadamente, de participar da licitação.
- Há empresas que, apesar de qualificadas para a licitação, não costumam apresentar propostas a um determinado órgão, embora o façam para outro.
- Existe um padrão claro de rodízio entre os vencedores das licitações.
- Existe uma margem de preço estranha e pouco racional entre a proposta vencedora e as outras propostas.
- Alguns licitantes apresentam preços muito diferentes nas diversas licitações que participam, apesar de o objeto e as características desses certames serem parecidos.
- Existe um concorrente que sempre oferece propostas, apesar de nunca vencer as licitações.
- Licitantes vencedores sub-contratam concorrentes que participaram do certame.
- Licitantes que teriam condições de participar isoladamente do certame apresentam propostas em consórcio (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2008, p 11-12).

O ambiente licitatório é propício para proliferação dos cartéis, cabendo aos gestores públicos prestarem atenção quanto aos sinais que são encontrados não somente nos autos do processo licitatório, mas também, à interação dos concorrentes provocada pelo constante contato dos concorrentes, denunciado ao SBDC as condutas que entenderem contrárias ao caráter competitivo.

### **2.3. Consórcios em Licitação. A exceção à regra.**

Nem todo acordo entre concorrentes (tácito ou expresso) configura por si só uma infração à ordem econômica. Durante muito tempo, os Consórcios destinados às licitações promovidas pela administração pública chegaram a ser considerados atos de concentração e, portanto passíveis de análise pelo controle de condutas do CADE. Tanto o é que, ainda sob vigência da Lei 8884, o CADE já havia promulgado a Súmula 3:

Nos atos de concentração realizados com o propósito específico de participação em determinada licitação pública, o termo inicial do prazo do art. 54 § 4º, da Lei 8.884/94 é a data da celebração do contrato de concessão.

A Lei Federal 12.529, através do parágrafo único do art. 90, retirou a necessidade dos Consórcios serem analisados pelo controle de conduta do CADE, na seguinte configuração:

Art. 90. Para os efeitos do art. 88 desta Lei, realiza-se um ato de concentração quando:  
I - 2 (duas) ou mais empresas anteriormente independentes se fundem;

II - 1 (uma) ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma ou outras empresas;

III - 1 (uma) ou mais empresas incorporam outra ou outras empresas; ou

IV - 2 (duas) ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou joint venture.

Parágrafo único. Não serão considerados atos de concentração, para os efeitos do disposto no art. 88 desta Lei, os descritos no inciso IV do caput, quando destinados às licitações promovidas pela administração pública direta e indireta e aos contratos delas decorrentes.

Todavia, embora não sejam mais objetos pelo controle de estruturas do SBDC, os consórcios para fins de licitação permaneçam sujeitos ao controle de condutas, como prática de cartéis, abuso de posição dominante, etc.

A respeito dos Consórcios leciona Celso Antônio Bandeira de Mello:

É uma associação de empresas que conjugam recursos humanos, técnicos e materiais para execução do objeto a ser livitado. Tem lugar quando vulto, complexidade ou custo do empreendimento supera ou seria dificultoso para as pessoas isoladamente consideradas. (BANDEIRA DE MELLO, 2002, p.545)

Os Consórcios possuem previsão legal no art. 33 da Lei 8.666/93<sup>13</sup>, sendo que a participação destes em licitações só ocorre quando Estado permitir.

Dessa forma, pode-se concluir que muito embora se assemelhem à carteis, os consórcios em Licitações Públicas não podem com eles ser confundidos, dado que sua formação decorre da permissão do Estado e não acarreta necessariamente a efeitos nocivos à ordem econômica.

Cumprе salientar que caso algum Consórcio destinado a participar de licitação seja formalizado por meios ilícitos, como direcionamento, exigências desnecessariamente

---

<sup>13</sup> Art. 33. Quando permitida na licitação a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas: I - comprovação do compromisso público ou particular de constituição de consórcio, subscrito pelos consorciados; II - indicação da empresa responsável pelo consórcio que deverá atender às condições de liderança, obrigatoriamente fixadas no edital; III - apresentação dos documentos exigidos nos arts. 28 a 31 desta Lei por parte de cada consorciado, admitindo-se, para efeito de qualificação técnica, o somatório dos quantitativos de cada consorciado, e, para efeito de qualificação econômico-financeira, o somatório dos valores de cada consorciado, na proporção de sua respectiva participação, podendo a Administração estabelecer, para o consórcio, um acréscimo de até 30% (trinta por cento) dos valores exigidos para licitante individual, inexigível este acréscimo para os consórcios compostos, em sua totalidade, por micro e pequenas empresas assim definidas em lei; IV - impedimento de participação de empresa consorciada, na mesma licitação, através de mais de um consórcio ou isoladamente; V - responsabilidade solidária dos integrantes pelos atos praticados em consórcio, tanto na fase de licitação quanto na de execução do contrato. § 1º No consórcio de empresas brasileiras e estrangeiras a liderança caberá, obrigatoriamente, à empresa brasileira, observado o disposto no inciso II deste artigo. § 2º O licitante vencedor fica obrigado a promover, antes da celebração do contrato, a constituição e o registro do consórcio, nos termos do compromisso referido no inciso I deste artigo.

restritivas e até mesmo casos de corrupção, não será o CADE o órgão responsável pela apuração, visto que o SBDC preocupa-se com a análise econômica da conduta.

Tais infrações são objetos de fiscalização por órgãos como os Tribunais de Contas Estaduais e o Tribunal de Contas da União, órgãos de controle interno (como a Controladoria Geral da União e as Secretarias de Administração dos Estados) e pelos Ministérios Públicos Estaduais e Federais. (Ministério da Justiça, 2008, p. 21)

Assim sendo, por mais que os Consórcios se assemelhem à acordos que visem domínio de mercado, deve-se afastar esse entendimento, sobretudo porque a sua atuação em licitações só será efetivada se o Estado permitir, nos moldes do caput do art. 33 da Lei 8.666/93.

## **2.4. Sujeitos ativos da infração concorrencial**

O Capítulo I da Lei 12.529 é claro ao definir que tanto pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, além de associações de entidades (Sindicatos) ou pessoas (Conselhos Profissionais) podem ser sujeitas ao procedimento de apuração e repressão administrativa por conduta. Aliás, o artigo 31 vai adiante ao permitir que pessoas constituídas de fato possam ser responsabilizadas pelo dano causado, nos seguintes moldes:

### **CAPÍTULO I DISPOSIÇÕES GERAIS**

Art. 31. Esta Lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal.

Sobre o assunto, leciona Paula Forgioni:

Muito embora, no sistema de nossa Lei Antitruste, as expressões “acordos entre agentes econômicos” e “acordos entre empresas” sejam tomadas como sinônimas, como vimos anteriormente, deve-se ter em mente que o teor do Art. 15 da Lei Antitruste traz à luz, de imediato, a ideia de que não apenas empresas (no sentido de entidades que organizam fatores de produção), mas qualquer agente que desempenhe função no mercado (ou atividade econômica em sentido estrito) está sujeito à regulamentação antitruste. (FORGIONI, 2008, p. 353).

Ainda sobre o assunto, ensina Ivo Givo Jr:

É necessário estabelecer se os sujeitos ativos potencialmente envolvidos no ato colusivo necessitam de alguma qualificação especial.

Como todos os integrantes da ordem econômica são por definição agentes econômicos, podemos concluir que, obedecendo ao comando da lei, em princípio, qualquer agente econômico pode ser o sujeito de uma infração à ordem econômica” (GICO JÚNIOR, 2006, p. 172).

Leonardo Vizeu Figueiredo por sua vez, assevera que:

No que se refere à sujeição passiva, a Lei de Proteção à Concorrência (Lei 12.529 de 2011) aplica-se a pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem, personalidade jurídica, mesmo que exerçam sob regime de monopólio legal. Outrossim, as diversas formas de infração à ordem econômica implicam na responsabilidade da empresa e a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores, solidariamente. Serão, ainda, responsáveis as empresas ou entidades integrantes de grupo econômico, de fato ou de direito, que praticarem a infração à ordem econômica.”

[...]

Da jurisprudência anglo-saxônica, surgiu a *disregard o entity*, ou seja, a doutrina da desconsideração da personalidade jurídica. (VIZEU FIGUEIREDO, 2011, p. 303).

Assim, percebe-se que as sanções previstas na Lei 12.529 podem ser aplicadas a tanto a pessoas físicas, quanto as jurídicas de direito público ou privado.

Segundo Cordovil, a primeira condenação de pessoas físicas pelo CADE ocorreu em 2002, no caso que ficou conhecido como o Cartel dos Postos de Gasolina de Florianópolis. Trata-se do processo administrativo n. 08012.002299/2000-18, julgado em abril de 2002, sendo que o CADE condenou o presidente do Sindicato do Comércio Varejista de Combustíveis Minerais de Florianópolis pela prática de cartel (CORDOVIL, CARVALHO, BAGNOLI, ANDERS, 2011, p. 93).

Ademais, deve-se destacar que o artigo 32 da lei em questão caracteriza a responsabilidade por infração à ordem econômica como solidária. Essa forma de responsabilidade, apesar de administrativa, em muito se assemelha àquela responsabilidade solidária estabelecida no Direito Civil brasileiro, especificamente no campo da responsabilidade civil, conforme se extrai da própria Lei Antitruste, conforme se infere da leitura dos dispositivos abaixo transcritos:

Art. 32. As diversas formas de infração da ordem econômica implicam a responsabilidade da empresa e a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores, solidariamente.

Art. 33. Serão solidariamente responsáveis as empresas ou entidades integrantes de grupo econômico, de fato ou de direito, quando pelo menos uma delas praticar infração à ordem econômica.

Outro aspecto relevante da responsabilização por infração à ordem econômica está na possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica, disposta no artigo 34:

Art. 34. A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social.

Parágrafo único. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

A respeito do tema, valem as considerações de Leonardo Vizeu Figueiredo:

Em relação à responsabilização por infração a ordem econômica, a mesma transcende a individualidade das pessoas jurídicas envolvidas, alcançando as demais entidades integrantes do mesmo grupo econômico, bem como as pessoas naturais que exerçam poderes da gestão à época dos fatos apurados, todos solidariamente responsáveis. Tal regra implica na possibilidade de se estender os efeitos das decisões a serem aplicadas pelo CADE a todos os agentes envolvidos, de maneira a garantir a eficácia dessas decisões. (VIZEU FIGUEIREDO, 2011, p. 303).

Cumprе salientar ainda que, apesar da repressão das infrações à ordem econômica ser analisada principalmente sob a ótica do Direito Administrativo, a formação de cartéis gera impactos que acabam sempre atingindo outros bens jurídicos, razão pela qual a análise destes efeitos, geralmente alude à responsabilização em conjunto nas outras esferas, como por exemplo, a penal (Lei 8.137/90) e a cível, está última através da reparação do dano concorrencial ou do ressarcimento de sobrepreço e da indenização por danos morais e econômicos, com base no art. 927 do Código Civil<sup>14</sup>.

O artigo 35 da Lei 12.529 assim dispõe:

Art. 35. A repressão das infrações da ordem econômica não exclui a punição de outros ilícitos previstos em lei.

Sobre o assunto, leciona Leonardo Vizeu Figueiredo:

A responsabilização imposta pelo CADE decorre de seu poder de polícia administrativa, na qualidade de autoridade concorrencial pátria. Todavia, nos termos de nosso ordenamento jurídico, a conduta anticoncorrencial pode perpassar a esfera de responsabilização administrativa, violando outros bens jurídicos, fato que implica na aplicação do ordenamento jurídico na esfera penal, tributária e cível, dentre outros, tudo a ser apurado casuisticamente. "(VIZEU FIGUEIREDO, 2011, p. 303).

---

<sup>14</sup> Dispõe o referido dispositivo: "Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo".

Dessa forma, a apreciação da formação de cartéis e dos seus impactos na ordem econômica não pode ser analisada somente sob o prisma de infração administrativa, eis que os sujeitos da reprimenda administrativa também estão sujeitos a outras formas de responsabilização pelo ilícito, como a persecução criminal e a reparação por dano através da responsabilidade civil por parte daqueles que tenham sido afetados.

## 2.5. A Análise Administrativa da Conduta pelo CADE

O Brasil adotou modelo de aplicação da legislação do Direito da Concorrência (antitruste) pautado na persecução administrativa, ou como modelo Europeu (direito administrativo sancionador). O modelo é diferente daquele estabelecido nos Estados Unidos da América, que se dá sempre por meio do Poder Judiciário.

No caso norte-americano, existem dois entes de advocacia da concorrência: a *Federal Trade Comition-FTC* e o *Department of Justice – DoJ*, com marcos legais estabelecidos através do *Sherman* e do *Clayton Act* (U.S. CONGRESS, 1890, p.1). Estes dois órgãos ingressam judicialmente para defender a concorrência. De certa forma, isso implica em efetividade específica das decisões.

No Brasil, o CADE é quem mais aplica a Lei Antitruste. A opção da Lei 12.529 é que a defesa antitruste se dá por um órgão administrativo, por meio do direito administrativo sancionador.

Sobre o tema, leciona Eduardo Vizeu Figueiredo:

A responsabilização imposta pelo CADE decorre de seu poder de polícia administrativa, na qualidade de autoridade concorrencial pátria. Todavia, nos termos de nosso ordenamento jurídico, a conduta anticoncorrencial pode perpassar a esfera de responsabilização administrativa, violando outros bens jurídicos, fato que implica na aplicação do ordenamento jurídico na esfera penal, tributária e cível, dentre outros, tudo a ser apurado casuisticamente. (VIZEU FIGUEIREDO, 2011, p. 303).

Geralmente, os procuradores dos agentes econômicos tentam aplicar as garantias do direito penal para o direito administrativo sancionador. Todavia, as infrações à ordem econômica são configuradas independentemente de culpa, nos moldes do *caput* do artigo 36 estabelece:

Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:



Em se tratando de culpa ou dolo, o CADE tem firmado o posicionamento de responsabilidade objetiva, bastando seja configurada a ocorrência dos efeitos do ato e do nexo causal entre a possibilidade de dano. Extrai-se da jurisprudência do Conselho:

Para a configuração de uma infração concorrencial, pouco importa se o agente tinha a intenção de praticar o ilícito (dolo) ou se agiu com imprudência, negligência ou imperícia (culpa em sentido estrito). Trata-se de responsabilidade objetiva, que emerge com a demonstração da conduta, da possibilidade de ocorrência de um ou mais efeitos do art. 20 (ou mesmo do objetivo de alcançar tais efeitos, ocasião em que está necessariamente presente o dolo) e do nexo causal entre a conduta e a possibilidade de dano. (CADE. Processo Administrativo 08012.000283/2006-66. Voto-relator Paulo Furquim de Azevedo).

A interpretação em conjunto dessas normas, demonstra que todos os atos que produzam ou possam produzir os efeitos anticoncorrenciais previstos pela lei configuram infração à ordem econômica, independentemente da apuração de culpa da empresa, de seus dirigentes e de seus administradores que respondem solidariamente conforme o disposto no art. 34 da Lei 12.529/11.

Assim, observa-se que na prática de uma infração à ordem econômica é indiferente a existência de culpa ou dolo. Nesse sentido, verifica-se que a responsabilidade prevista pelo legislador foi a objetiva, com a única exceção observada à prática de infração pelo administrador, quando deve ser verificada, no mínimo, a existência de culpa, nos termos do inciso III, do artigo 37<sup>15</sup> da Lei 12.529/11 (CORDOVIL, CARVALHO, BAGNOLI, ANDERS, 2011, p. 101).

Ademais, cumpre ainda lembrar que de acordo com o *caput* do artigo 36 não se exige, para a condenação de uma conduta anticompetitiva, a produção de efeitos deletérios à concorrência. É necessário apenas que esses efeitos possam ser produzidos (CORDOVIL, CARVALHO, BAGNOLI, ANDERS, 2011, p. 101).

Nesse ponto convém lembrar, que o *caput* do artigo 36 da Lei 12.529/11 seguiu os preceitos do artigo 173, §4º, da Constituição Federal determina que “§ 4º “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”. Assim, observa-se que a Constituição Federal determina que o abuso que visa, ou seja, objetiva dominar o mercado, eliminar a

---

<sup>15</sup> Dispõe o referido dispositivo: “Art. 37. A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas: (...) III - no caso de administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida, quando comprovada a sua culpa ou dolo, multa de 1% (um por cento) a 20% (vinte por cento) daquela aplicada à empresa, no caso previsto no inciso I do caput deste artigo, ou às pessoas jurídicas ou entidades, nos casos previstos no inciso II do caput deste artigo”.

concorrência ou aumentar arbitrariamente os lucros deve ser reprimido, não mencionando a necessidade de efeitos desse abuso (CORDOVIL, CARVALHO, BAGNOLI, ANDERS, 2011, p. 102).

Sobre o tema o CADE já pacificou o entendimento de que:

Nos termos da lei brasileira, uma infração ocorrerá provando-se uma coisa ou outra, vale dizer: ou que o propósito 'objetivamente visado' pelo agente com a sua conduta era a produção de um dos efeitos listados nos incisos do art. 20; ou então, que é elevada a probabilidade de que a sua conduta produza um desses efeitos. Note-se ainda que, em ambas essas hipóteses, o art. 20 é explícito ao dispor que a efetiva obtenção do efeito é irrelevante para a caracterização da infração. (CADE, PA. 08012.002493/2005-16.28/11/2007. Voto-relator: Conselheiro Luis Fernando Schuartz.)

Em se tratando de controle de condutas, a Superintendência Geral pode atuar de ofício, mas geralmente é provocada. São três os tipos de processo administrativo a ser adotado, cada qual com um o seu objeto determinado. O título VI da Lei 12.529 que trata das diversas espécies de processo, traz no Art. 48 a especificação dos processos nos seguintes moldes:

Art. 48. Esta Lei regula os seguintes procedimentos administrativos instaurados para prevenção, apuração e repressão de infrações à ordem econômica:

**I - procedimento preparatório de inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica;**

**II - inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica;**

**III - processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica; (Grifou-se).**

A Lei Antitruste criou três etapas procedimentais, em duas formas de ritos processuais, que se consubstanciam no inquérito administrativo e no processo administrativo, conforme o disposto nos incisos II e III, supracitados.

O inquérito administrativo possui caráter inquisitório e sigiloso. Trata-se, pois, do poder de investigação do Estado. No Processo Administrativo, por sua vez, as partes necessitam de maiores garantias, como o contraditório e a ampla defesa.

Terminado o inquérito e apurado os fatos, este poderá ser arquivado, ou caso as provas colhidas e as evidências caracterizem a possibilidade de condenação, será instaurado o devido processo administrativo.

Isso fica bastante claro em casos de cartel, nos quais o sigilo é imprescindível para o recolhimento de provas. A condenação, entretanto, só ocorre no Processo Administrativo.

## 2.6. O Processo Administrativo no CADE

A Lei Federal 12.529 estabeleceu três estágios de procedimentos na Superintendência Geral para apuração de infração à ordem econômica, quais sejam: o “procedimento preparatório de inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica”, (inciso I do art. 48); “o inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica”, (inciso II do Art. 48) e o “processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica” (inciso III do Art.48).

O primeiro estágio, o procedimento preparatório de inquérito administrativo, é instaurado quando a Superintendência Geral deseja averiguar se uma conduta relatada é de competência do SBDC, nos moldes do §2º do Art. 66<sup>16</sup> da Lei 12.529:

Este estágio pode ser traduzido como uma triagem das investigações de condutas que poderão ser levadas adiante, ou daqueles casos em que o SBDC não tem competência legal para atuar.

Ressalta-se o prazo máximo de 30(trinta dias), disposto no §3º do referido dispositivo. Transcorrido esse prazo, a Superintendência Geral, através de parecer fundamentado, opina pelo arquivamento do procedimento preparatório ou pela abertura do inquérito administrativo.

O segundo é o estágio de investigação formal, ou inquérito administrativo. Nessa fase, a Superintendência Geral apura a infração à ordem econômica, especialmente quando os indícios não são suficientes para abertura de processo administrativo. O arcabouço legal do inquérito administrativo está no Art. 66 §1º, §6º e subsequentes<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> Art. 66. O inquérito administrativo, procedimento investigatório de natureza inquisitorial, será instaurado pela Superintendência-Geral para apuração de infrações à ordem econômica.

§ 2º A Superintendência-Geral poderá instaurar procedimento preparatório de inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica para apurar se a conduta sob análise trata de matéria de competência do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, nos termos desta Lei.

§ 3º As diligências tomadas no âmbito do procedimento preparatório de inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica deverão ser realizadas no prazo máximo de 30 (trinta) dias.

§ 4º Do despacho que ordenar o arquivamento de procedimento preparatório, indeferir o requerimento de abertura de inquérito administrativo, ou seu arquivamento, caberá recurso de qualquer interessado ao Superintendente-Geral, na forma determinada em regulamento, que decidirá em última instância.

<sup>17</sup> Art. 66. O inquérito administrativo, procedimento investigatório de natureza inquisitorial, será instaurado pela Superintendência-Geral para apuração de infrações à ordem econômica.

§ 1º O inquérito administrativo será instaurado de ofício ou em face de representação fundamentada de qualquer interessado, ou em decorrência de peças de informação, quando os indícios de infração à ordem econômica não forem suficientes para a instauração de processo administrativo.

Nesse estágio busca-se a produção de provas, pela via administrativa, que possam apurar a configuração de uma conduta contrária a ordem econômica. Na produção dessas provas podem ser solicitadas, pela via judicial, através da Advocacia Geral da União ferramentas de investigação já conhecidas no inquérito penal, como operações de busca e apreensão e também escutas telefônicas.

Sobre o tema lecionam Leonor Cordovil, Vinícius Marques de Carvalho, Vicente Bagnoli e Eduardo Caminati Anders assim lecionam:

As antigas averiguações preliminares parecem dar lugar ao inquérito administrativo, que será instaurado quando não houver indícios suficientes à abertura do processo administrativo. O inquérito administrativo poderá ser instaurado, pela Superintendência Geral, de ofício ou mediante representação. (CORDOVIL, CARVALHO, BAGNOLI, ANDERS, 2011, p. 173)

Durante o curso do procedimento administrativo no CADE há um momento de transição entre o final do inquérito administrativo e a abertura do processo administrativo, isto é, o momento em que se encerra o inquérito administrativo e a Superintendência Geral utiliza seu poder discricionário para optar pelo arquivamento do inquérito ou pela instauração de processo administrativo.

A instrução do inquérito administrativo é a parte mais delicada do procedimento, eis que aberto o processo administrativo, nos moldes do art. 67<sup>18</sup>, a produção de provas por parte

---

[...]

§ 6º A representação de Comissão do Congresso Nacional, ou de qualquer de suas Casas, bem como da Secretaria de Acompanhamento Econômico, das agências reguladoras e da Procuradoria Federal junto ao Cade, independe de procedimento preparatório, instaurando-se desde logo o inquérito administrativo ou processo administrativo.

§ 7º O representante e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada ou não, a juízo da Superintendência-Geral.

§ 8º A Superintendência-Geral poderá solicitar o concurso da autoridade policial ou do Ministério Público nas investigações.

§ 9º O inquérito administrativo deverá ser encerrado no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, contado da data de sua instauração, prorrogáveis por até 60 (sessenta) dias, por meio de despacho fundamentado e quando o fato for de difícil elucidação e o justificarem as circunstâncias do caso concreto.

§ 10. Ao procedimento preparatório, assim como ao inquérito administrativo, poderá ser dado tratamento sigiloso, no interesse das investigações, a critério da Superintendência-Geral.

<sup>18</sup> Art. 67. Até 10 (dez) dias úteis a partir da data de encerramento do inquérito administrativo, a Superintendência-Geral decidirá pela instauração do processo administrativo ou pelo seu arquivamento.

§ 1º O Tribunal poderá, mediante provocação de um Conselheiro e em decisão fundamentada, avocar o inquérito administrativo ou procedimento preparatório de inquérito administrativo arquivado pela Superintendência-Geral, ficando prevento o Conselheiro que encaminhou a provocação.

§ 2º Avocado o inquérito administrativo, o Conselheiro-Relator terá o prazo de 30 (trinta) dias úteis para:

I - confirmar a decisão de arquivamento da Superintendência-Geral, podendo, se entender necessário, fundamentar sua decisão;

da Superintendência Geral torna-se mais difícil, visto que a Superintendência perde o elemento surpresa da investigação.

É que a partir do momento em que são notificados sobre o processo administrativo, nos termos do artigo 70<sup>19</sup>, os investigados podem usar de artifícios para dificultar a produção de provas por parte da Superintendência.

O terceiro e último estágio do caminho para se punir uma infração à ordem econômica na via administrativa é o processo administrativo, no qual será elaborado um relatório formal fundado na investigação conduzida e deverá ser preparado para submissão ao Tribunal.

O capítulo IV da Lei 12.529, que trata do processo administrativo para apuração de infração à ordem econômica, estabeleceu através do Art. 69<sup>20</sup>, as garantias constitucionais do contraditório e ampla defesa, estabelecidas pelo Art. 5º, LVII e LVII da Constituição Federal.

Cumprе salientar que, enquanto o inquérito administrativo é conduzido pela Superintendência Geral, o processo administrativo é presidido por um dos sete conselheiros do Tribunal Administrativo,. Para tanto, o processo é distribuído através de sorteio realizado na Sessão do Plenário do CADE a um de seus membros que será o relator do processo.

Roberto Domingos Taufick, em seus comentários à Lei 12.529, trata de diferenciar o inquérito administrativo do processo administrativo ao salientar que a expressa menção ao procedimento em contraditório visa contrapor-se à natureza inquisitorial do inquérito administrativo nos termos do caput do art. 66. (TAUFICK, 2012, p. 355).

O artigo 72<sup>21</sup> da Lei 12.529 estabelece a possibilidade de produção de provas por parte da Superintendia. Todavia, a produção de provas após o inquérito é sempre mais complicada,

---

<sup>19</sup> Art. 70. Na decisão que instaurar o processo administrativo, será determinada a notificação do representado para, no prazo de 30 (trinta) dias, apresentar defesa e especificar as provas que pretende sejam produzidas, declinando a qualificação completa de até 3 (três) testemunhas. § 1º A notificação inicial conterá o inteiro teor da decisão de instauração do processo administrativo e da representação, se for o caso. § 2º A notificação inicial do representado será feita pelo correio, com aviso de recebimento em nome próprio, ou outro meio que assegure a certeza da ciência do interessado ou, não tendo êxito a notificação postal, por edital publicado no Diário Oficial da União e em jornal de grande circulação no Estado em que resida ou tenha sede, contando-se os prazos da juntada do aviso de recebimento, ou da publicação, conforme o caso.

§ 3º A intimação dos demais atos processuais será feita mediante publicação no Diário Oficial da União, da qual deverá constar o nome do representado e de seu procurador, se houver.

§ 4º O representado poderá acompanhar o processo administrativo por seu titular e seus diretores ou gerentes, ou por seu procurador, assegurando-se-lhe amplo acesso aos autos no Tribunal.

§ 5º O prazo de 30 (trinta) dias mencionado no caput deste artigo poderá ser dilatado por até 10 (dez) dias, improrrogáveis, mediante requisição do representado.

<sup>20</sup> Art. 69. O processo administrativo, procedimento em contraditório, visa a garantir ao acusado a ampla defesa a respeito das conclusões do inquérito administrativo, cuja nota técnica final, aprovada nos termos das normas do Cade, constituirá peça inaugural.

<sup>21</sup> Art. 72. Em até 30 (trinta) dias úteis após o decurso do prazo previsto no art. 70 desta Lei, a Superintendência-Geral, em despacho fundamentado, determinará a produção de provas que julgar pertinentes,

uma vez que já notificados do processo administrativo, os agentes indiciados já têm conhecimento de que estão sendo processados e podem sempre embarçar a produção de provas por parte da Superintendência Geral no curso do processo administrativo.

A procuradoria Federal pode ser solicitada para manifestar sua opinião através de um parecer sobre o caso, nos termos do Art. 75<sup>22</sup>. Trata-se do único ofício administrativo legalmente atribuído. Nenhuma das opiniões, todavia, é vinculante. Na sessão, em caso de empate, o Presidente vota novamente, desempatando.

Durante a condução do processo administrativo e sentido necessidade de melhor elucidar os fatos, o Conselheiro Relator poderá solicitar novas diligências aos interessados no processo administrativo.

Em havendo necessidade de novas diligências, o Conselheiro-Relator poderá solicitá-las, e concluídas as diligências, o representado terá 15 dias para apresentar suas alegações finais, conforme o disposto no Art. 76<sup>23</sup>.

O parágrafo único do art. 76<sup>24</sup>, por sua vez, estabelece que findadas as diligências determinadas no caput do artigo, o Conselheiro-Relator notificará o representado para que, querendo apresente as alegações finais, respeitando-se o prazo de 15 (quinze) dias úteis,

Roberto Domingos Taufick, em seus comentários à Lei 12.529, leciona sobre a abertura do prazo:

A abertura de prazo para a entrega de memoriais só será obrigada se houver instrução no Tribunal que venha reclamar a manifestação do representado. Equipara-se a ato de instrução, para este fim, a apresentação de parecer pela

---

sendo-lhe facultado exercer os poderes de instrução previstos nesta Lei, mantendo-se o sigilo legal, quando for o caso.

Art. 73. Em até 5 (cinco) dias úteis da data de conclusão da instrução processual determinada na forma do art. 72 desta Lei, a Superintendência-Geral notificará o representado para apresentar novas alegações, no prazo de 5 (cinco) dias úteis.

Art. 74. Em até 15 (quinze) dias úteis contados do decurso do prazo previsto no art. 73 desta Lei, a Superintendência-Geral remeterá os autos do processo ao Presidente do Tribunal, opinando, em relatório circunstanciado, pelo seu arquivamento ou pela configuração da infração

<sup>22</sup> Art. 75. Recebido o processo, o Presidente do Tribunal o distribuirá, por sorteio, ao Conselheiro-Relator, que poderá, caso entenda necessário, solicitar à Procuradoria Federal junto ao Cade que se manifeste no prazo de 20 (vinte) dias.

<sup>23</sup> Art. 76. O Conselheiro-Relator poderá determinar diligências, em despacho fundamentado, podendo, a seu critério, solicitar que a Superintendência-Geral as realize, no prazo assinado.

<sup>24</sup> Parágrafo único. Após a conclusão das diligências determinadas na forma deste artigo, o Conselheiro-Relator notificará o representado para, no prazo de 15 (quinze) dias úteis, apresentar alegações finais.

ProCADE. Por outro lado, a apresentação voluntária de manifestação pelo representado é factível a todo tempo, até o despacho saneador. (TAUFICK, 2012, p. 363)

O Despacho saneador mencionado pelo doutrinador é o previsto no Art. 77<sup>25</sup> da Lei 12.529. Nesse sentido, salienta-se a diferença entre a antiga Lei 8.884/94 que não previa o referido despacho, permitindo muitas vezes que os administrados trouxessem elementos novos às vésperas das sessões de julgamento do CADE. (TAUFICK, 2012, p. 364)

O artigo 79<sup>26</sup>, por sua vez, trata das formalidades em relação às decisões do CADE. Referido dispositivo faz alusão expressa à necessidade de que as decisões proferidas sejam fundamentadas, e no caso de infração a ordem econômica, conste na decisão: a especificação dos fatos, o prazo para as providências a serem tomadas, a multa determinada, e também a multa no caso de desobediência.

Diante do exposto, verifica-se que o processo administrativo para apuração de infração à ordem econômica do CADE está bem adequado à legislação de processo administrativo brasileiro (Lei Federal 9.784/99), destacando-se garantias constitucionais como o contraditório e a ampla defesa, razão pela qual, a maioria das decisões do CADE que são questionadas no Poder Judiciário, tem sido mantidas por seus próprios fundamentos.

## 2.7. Sanção Administrativa

Ao contrário das penas leves propostas pela Lei 8.666/93, a Lei Federal 12.529 estabelece severas multas que podem chegar a até 20% do valor do faturamento bruto da empresa no mercado relevante em que ocorreu a infração, estabelecendo ainda que o valor da multa não possa ser inferior à vantagem auferida em decorrência da conduta.

Sobre o assunto leciona Leonardo Vizeu Figueiredo:

Sendo a infração à Ordem Econômica ilícito de natureza administrativa, as sanções aplicadas pelo exercício de poder de polícia por parte do CADE

---

<sup>25</sup> Art. 77. No prazo de 15 (quinze) dias úteis contado da data de recebimento das alegações finais, o Conselheiro-Relator solicitará a inclusão do processo em pauta para julgamento.

<sup>26</sup> Art. 79. A decisão do Tribunal, que em qualquer hipótese será fundamentada, quando for pela existência de infração da ordem econômica, conterá:

I - especificação dos fatos que constituam a infração apurada e a indicação das providências a serem tomadas pelos responsáveis para fazê-la cessar;

II - prazo dentro do qual devam ser iniciadas e concluídas as providências referidas no inciso I do caput deste artigo;

III - multa estipulada;

IV - multa diária em caso de continuidade da infração; e

V - multa em caso de descumprimento das providências estipuladas.

Parágrafo único. A decisão do Tribunal será publicada dentro de 5 (cinco) dias úteis no Diário Oficial da União.

caracterizam-se, precipuamente, pelo seu cunho pecuniário e restritivo de direitos (VIZEU FIGUEREDO, 2011, p. 274).

O artigo 37 <sup>27</sup> da Lei 12.529/11 demonstra o rol de sanções ordinárias que podem ser aplicadas pelo CADE na repressão de infrações à ordem econômica. Neste sentido, o supracitado destaca em seus incisos a possibilidade de multa de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do valor do faturamento bruto da empresa no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, quando for possível sua estimação.

Mais adiante, o referido dispositivo, através do inciso II, imputa a possibilidade de multa com valor que varie de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e R\$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais) pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito.

Por fim, o inciso terceiro ainda estabelece que no caso de executivos, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida, se comprovada a sua culpa ou dolo, este terá que arcar com uma multa de 1% (um por cento) a 20% (vinte por cento) da reprimenda imposta à empresa.

Sobre a pena imposta aos executivos, lecionam Leonor Clodovil, Vinícius Marques de Carvalho, Vicente Bagnoli e Eduardo Caminati Anders:

A Lei 12.529/2011 inova ao prever a penalidade do administrador de um classe, por exemplo, ou o administrador de qualquer outra entidade sem fins lucrativos.(CORDOVIL, CARVALHO, BAGNOLI, ANDERS, 2011, p. 121)

---

<sup>27</sup> Art. 37. A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas:

I - no caso de empresa, multa de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação;

II - no caso das demais pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, que não exerçam atividade empresarial, não sendo possível utilizar-se o critério do valor do faturamento bruto, a multa será entre R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e R\$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais);

III - no caso de administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida, quando comprovada a sua culpa ou dolo, multa de 1% (um por cento) a 20% (vinte por cento) daquela aplicada à empresa, no caso previsto no inciso I do caput deste artigo, ou às pessoas jurídicas ou entidades, nos casos previstos no inciso II do caput deste artigo.



Corroborando a tese aqui defendida, o artigo 38<sup>28</sup> da referida Lei propõe uma reprimenda ainda maior para os casos em sejam configurados lesões ao interesse público geral, como por exemplo, na educação e na saúde pública.

Dessa forma, o dispositivo supracitado, permite ao interprete da legislação antitruste o aumento da pena daquele que tenha causado lesão à ordem econômica com efeitos diretos à saúde ou a educação. Assim sendo, casos que envolvam licitações para áreas da educação ou saúde, podem sofrer uma reprimenda mais austera por parte da autoridade antitruste.

O artigo 45<sup>29</sup> da Lei 12.529, por sua vez, trata de salientar as considerações a serem estabelecidas quando dá aplicação das penas previstas pela Lei 12.529, nos seguintes moldes. Trata-se na realidade de uma possibilidade de atenuar ou agravar a pena do administrado em relação a conduta por ele perpetrada.

Observa-se, portanto, que a Lei 12.529/2011, além das severas penas estabelecidas no Art. 37 e subsequentes, estabelece também uma série de agravantes ou atenuantes que poderão ser consideradas quando dá aplicação da reprimenda por parte da autoridade antitruste.

---

<sup>28</sup> Art. 38. Sem prejuízo das penas cominadas no art. 37 desta Lei, quando assim exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público geral, poderão ser impostas as seguintes penas, isolada ou cumulativamente:

- I - a publicação, em meia página e a expensas do infrator, em jornal indicado na decisão, de extrato da decisão condenatória, por 2 (dois) dias seguidos, de 1 (uma) a 3 (três) semanas consecutivas;
- II - a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitação tendo por objeto aquisições, alienações, realização de obras e serviços, concessão de serviços públicos, na administração pública federal, estadual, municipal e do Distrito Federal, bem como em entidades da administração indireta, por prazo não inferior a 5 (cinco) anos;
- III - a inscrição do infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor;
- IV - a recomendação aos órgãos públicos competentes para que:
  - a) seja concedida licença compulsória de direito de propriedade intelectual de titularidade do infrator, quando a infração estiver relacionada ao uso desse direito;
  - b) não seja concedido ao infrator parcelamento de tributos federais por ele devidos ou para que sejam cancelados, no todo ou em parte, incentivos fiscais ou subsídios públicos;
- V - a cisão de sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos ou cessação parcial de atividade;
- VI - a proibição de exercer o comércio em nome próprio ou como representante de pessoa jurídica, pelo prazo de até 5 (cinco) anos; e
- VII - qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica.

<sup>29</sup> Art. 45. Na aplicação das penas estabelecidas nesta Lei, levar-se-á em consideração:

- I - a gravidade da infração;
- II - a boa-fé do infrator;
- III - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator;
- IV - a consumação ou não da infração;
- V - o grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros;
- VI - os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado;
- VII - a situação econômica do infrator; e
- VIII - a reincidência.

Assim sendo, dado o valor pecuniário das sanções previstas na Lei de Defesa da Concorrência, verifica-se que estas são muito mais severas do que a multa estabelecida na Lei 8.666/93.

## 2.8. A Sanção Penal

Além de ser uma infração administrativa, o simples fato de celebrar acordo visando o estabelecimento de mercado já configura o crime de cartel, independentemente de ser possível ou não atingir o objetivo.

A Constituição Federal, através do Art. 173, §5º<sup>30</sup>, estabeleceu que a punição dos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e a responsabilidade individual dos administradores da pessoa jurídica seriam estabelecidas por lei.

Todavia, ao contrário do que se observa no artigo Art. 22<sup>31</sup> da Lei de crimes ambientais (Lei 9.605/980), a Lei dos Crimes Contra a Ordem Econômica 8.137/90 ficou-se silente quanto à imposição de penas restritivas de direito para a pessoa jurídica.

Assim sendo, a principal diferença entre a aplicação da sanção penal e a sanção administrativa, no que se refere às infrações contra a ordem econômica, é a ausência de texto legal que preveja a reprimenda na esfera criminal da pessoa jurídica.

Cumprido salientar que o SBDC não tem competência legal para aplicar a Lei de Crimes contra a Ordem Econômica. Quando confrontado com uma infração à ordem econômica, os órgãos do SBDC devem proceder à denúncia ao Ministério Público Federal junto ao CADE ou aos Ministérios Público Federal e Estadual das regiões geográficas afetadas pela conduta. (OCDE, 2010, p.19).

<sup>30</sup> Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 5º - A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

<sup>31</sup> Art. 22. As penas restritivas de direitos da pessoa jurídica são:

I - suspensão parcial ou total de atividades;

II - interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade;

III - proibição de contratar com o Poder Público, bem como dele obter subsídios, subvenções ou doações.

§ 1º A suspensão de atividades será aplicada quando estas não estiverem obedecendo às disposições legais ou regulamentares, relativas à proteção do meio ambiente.

§ 2º A interdição será aplicada quando o estabelecimento, obra ou atividade estiver funcionando sem a devida autorização, ou em desacordo com a concedida, ou com violação de disposição legal ou regulamentar. § 3º A proibição de contratar com o Poder Público e dele obter subsídios, subvenções ou doações não poderá exceder o prazo de dez anos.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, pacificou o entendimento:

A competência para o julgamento dos crimes previstos na Lei 8.137/90 é, em regra, da Justiça Estadual. O fato de no âmbito administrativo as infrações são fiscalizadas pelo CADE não atrai, or si só, a competência da Justiça Federal, é necessário demonstrar que o crime atingiu bens ou interesses da União, ou, então, que produziu resultados em mais de uma unidade federativa (STJ, HC 117.169/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 19/02/2009; HC 32.292/RS, QUINTA TURMA, julgado em 01/04/2004).

Ademais, tem-se observado que a Superintendência Geral ao iniciar uma investigação de cartel, tem rotineiramente solicitado aos Promotores Estaduais e Procuradores da República que iniciem uma investigação criminal paralela. (OCDE, 2010, p.20).

Sabe-se que, o Ministério Público, instituição permanente na tutela dos direitos difusos, pode iniciar processos investigação de condutas anticoncorrenciais com fundamento na Lei 8.137/90, que dispõe sobre os crimes contra a Ordem Econômica.

Nestes casos, os Promotores de Justiça ou Procuradores da República não são obrigados a notificar o SBDC quando iniciam os inquéritos, visto que se configurada, a reprimenda ocorre pela via judicial.

A Lei Federal 8.137/90, que dispõe sobre os crimes contra a Ordem Econômica, configura a prática de cartel como crime punível com pena de 2 a 5 anos de reclusão ou multa, *in verbis*:

Art. 4º Constitui crime contra a ordem econômica:

**I - abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante qualquer forma de ajuste ou acordo de empresas;**

II - formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando: (Redação dada pela Lei nº 12.529, de 2011).

a) à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas; (Redação dada pela Lei nº 12.529, de 2011).

b) ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas; (Redação dada pela Lei nº 12.529, de 2011).

c) ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores. (Redação dada pela Lei nº 12.529, de 2011).

**Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa. (Redação dada pela Lei nº 12.529, de 2011). (grifou-se).**

Essa sanção pode ser aumentada de um terço até metade se o crime causar grave dano à coletividade for cometido por um servidor público ou se relacionar a bens ou serviços essenciais para a vida ou para a saúde.

Em se tratando de Cartéis em Licitações, esse tipo penal é previsto no art. 90 da Lei Federal 8666/93, que assim dispõe:

Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação:

Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Novamente, deve-se frisar que, enquanto as leis destinadas a disciplinarem a ordem econômica tratam a punição de forma mais severas - A Lei Federal 8.137/90 configura a prática de cartel como crime punível com pena de 2 a 5 anos, a Lei 8.666/93 propõe apenas a detenção de 2 (dois) a 4 (quatro) anos para os cartéis em licitações.

A Lei Federal 10.446 de 2002, que dispõe sobre infrações penais de repercussão interestadual ou internacional que exigem repressão uniforme, para os fins do disposto no inciso I do § 1º do art. 144 da Constituição assim dispõe:

Art. 1º Na forma do inciso I do § 1o do art. 144 da Constituição, quando houver repercussão interestadual ou internacional que exija repressão uniforme, poderá o Departamento de Polícia Federal do Ministério da Justiça, sem prejuízo da responsabilidade dos órgãos de segurança pública arrolados no art. 144 da Constituição Federal, em especial das Polícias Militares e Cíveis dos Estados, proceder à investigação, dentre outras, das seguintes infrações penais:

[...]

**II – formação de cartel (incisos I, a, II, III e VII do art. 4o da Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990); e (*grifou-se*).**

Apesar da ausência de previsão legal e expressa referente à criminalização da pessoa jurídica no texto da Lei Federal 8.137/90, os administradores brasileiros estão se atentando para responsabilização criminal individual, no caso de participação em cartéis, inclusive com a supracitada pena de reclusão.

## **2.9. A Responsabilidade Civil por ato de Empresários**

Por fim, membros de cartéis estão sujeitos ainda à responsabilização por dano causado na esfera civil, seja um dano material ou moral. A Lei 12.529/2011 prevê que os agentes lesados por possível infração à ordem econômica com efeitos na esfera privada possam ingressar em juízo, visando o ressarcimento da indenização por perdas e danos sofridos pela prática de cartel.

O particular, quando lesado por uma conduta anticoncorrencial, tem o direito de ingressar com ação judicial, com fundamento no capítulo V, mais precisamente no art. 47 da Lei federal 12.529/11, que assim estabelece:

Art. 47. Os prejudicados, por si ou pelos legitimados referidos no art. 82 da Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o **recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do inquérito ou processo administrativo**, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação. (grifou-se)

As ações privadas de indenização por danos causados por danos concorrenciais são realidade em outros países, sendo que as primeiras ações desse tipo já foram propostas no Brasil, ainda que em pouca quantidade.

Essas ações de iniciativa privada, também conhecidas como *private antitruste enforcement* acabam por auxiliar os órgãos de defesa da concorrência (*U.S. Department of Justice e a Federal Trade Commission*), na vigia e penalização de infrações anticoncorrenciais.

Nos Estados Unidos da América, as ações privadas concorrenciais são responsáveis por expressivas cifras envolvendo a responsabilização por dano concorrencial. Entre 1990 e 2010 pode-se verificar que as ações privadas se recuperaram cerca de 18 bilhões, enquanto nas multas impostas pelo DoJ resultaram em cerca de \$ 4.232 bilhões (LANDE; DAVIS, 2008, p.899).

São poucos os dados disponíveis sobre o número e a frequência de ações antitrustes privadas no Brasil. Em entrevistas extra-oficiais, a SEAE tem relatado um aumento significativo de tais casos entre 2005, quando cerca de 30 casos foram registrados, e 2008, quando houve cerca de 150 casos. Estes foram apenas os casos interpostos junto aos tribunais federais e estaduais, e tenderam a se concentrar em determinadas áreas geográficas e nos setores de serviços financeiros e de revenda de combustíveis. (OCDE, 2010, p. 58).

Lessandra Nara, ao citar Gaban e Maggi, descreve que:

Para Gaban e Domingues (2012), as dificuldades encontradas pelo Brasil são semelhantes às europeias, mas como bem destaca Maggi (2010) a sociedade brasileira ainda não visualiza a possibilidade de ingresso De uma ação indenizatória em matéria concorrencial:

“Apesar disso, a sociedade brasileira não está habituada a ingressar com tal tipo de ação, ao contrário do que se observa nos países em que a defesa da concorrência tem maior tradição e a doutrina relacionada aos demais campos do direito envolvidos já está em estágio mais avançado no desenvolvimento. Em especial, pode-se citar o direito norte-americano quanto ao ingresso de ações civis que visam a recomposição das perdas decorrentes de infrações

econômicas, em especial as resultantes da prática de cartel” (MAGGI apud TORRES, 2013, p. 42).”

Conforme se observa, a prática de *private enforcement* ainda é pouco utilizada no Brasil. Todavia, pode-se citar como exemplo de iniciativa de responsabilização por dano concorrencial o caso SABESP.

Apesar de não se tratar de uma ação individual, visto que o Ministério Público tutela a ordem econômica sob o prisma de direito da coletividade, o caso possui extrema relevância do ponto de vista pedagógico, servindo como estímulo à prática do *private enforcement*.

No caso SABESP, o Ministério Público Federal ajuizou a Ação Civil Pública de n. 0002983-48.2012.4.03.6105, distribuída à 3ª Vara Federal de Campinas, pleiteando que empresas já condenadas pelo CADE, por formação de cartel no setor de gases industriais, fossem condenadas na esfera cível ao pagamento de indenização por danos difusos causados à coletividade dos consumidores dos serviços industriais e de saúde e aos órgãos públicos lesados como o Sistema Único de Saúde (SUS).

Em sua tese, o Procurador da República Aureo Marcus Makiyama Lopes citou a possibilidade de aplicação dos *punitive damages* na seguinte forma:

Na hipótese dos autos, a aplicabilidade do *punitive damages* tem como objetivo precípuo evitar que os ofensores voltem a cometer as práticas danosas, bem como inibir potenciais ofensores. Para a quantificação de tal instituto faz-se necessária uma análise: da natureza, gravidade e repercussão da lesão na sociedade; o poder econômico dos ofensores; o eventual proveito obtido com as condutas ilícitas; a reprovabilidade das condutas; o prejuízo causado por suas condutas à sociedade; e a vulnerabilidade do consumidor alvo da conduta danosa. (p. 08)[...] Há também a ocorrência de dano moral coletivo em relação aos fatos objeto desta ação. Percebe-se que o dano ocorrido não foi apenas o do pagamento de preço acima do valor normal de mercado, que lesou o patrimônio das instituições compradoras, sejam públicas ou privadas, mas também o dano aos cidadãos consumidores dos produtos e serviços, industriais e de saúde, das instituições que pagaram o sobrepreço, a restrição ao desenvolvimento natural do mercado e a diminuição geral do bem-estar social. (p. 10)

Assim sendo, pode-se afirmar que a supracitada iniciativa do Procurador da República pode servir de estímulo a judicialização de demandas privadas que busquem o ressarcimento dos danos causados por infrações à ordem econômica.

Essas ações privadas, de mérito concorrencial, somadas à sanção penal e administrativa, configuram uma terceira possibilidade de responsabilização por ato praticado contra a ordem econômica.

### **3. Estudo de Caso.**

#### **3.1 As Licitações dos Vigilantes no Rio Grande do Sul**

Em 2003, e ainda sob a vigência da Lei Federal 8.884/94, um dos membros de um cartel que agia em licitações para contratação de serviços vigilância no Estado do Rio Grande do Sul denunciou o esquema fraudulento à Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça.

Segunda a denúncia, grande parte das empresas de vigilância daquele Estado estariam ofertando seus serviços de modo combinado, acordando entre si quem ganharia cada licitação e praticando preços predatórios sempre que uma nova empresa tentasse entrar no mercado e desestabilizar o carte.

O denunciante apresentou evidências diretas das fraudes às diversas licitações públicas de vários órgãos da administração direta e indireta da União, Estado e Municípios. As evidências foram constatadas através dos relatos de empregados e das gravações de conversas telefônicas mantidas entre os membros do cartel.

O processo iniciou-se a partir do Despacho nº 1166, do Secretário de Direito Econômico, de 24 de Outubro de 2003, que foi publicado no Diário Oficial da União em 29 de Outubro de 2003.

A Secretaria de Direito Econômico conduziu a investigação, sendo que foram realizadas operações de busca e apreensão, simultaneamente, em quatro empresas e duas associações de classe envolvidas no cartel. A operação envolveu 80 pessoas, incluindo agentes da Polícia Federal.

Colhidas as provas e realizadas as diligências de instrução, o Secretário de Direito Econômico opinou pela remessa do Processo ao CADE para julgamento, tendo sido o mesmo distribuído na 420ª Sessão Ordinária, em 04 de outubro de 2006.

Após pareceres da Procuradoria do CADE - ProCADE e do Ministério Público Federal – MPF, chegaram os autos conclusos em 25 de julho de 2007 para o julgamento daquele Conselho. Em 19 de setembro de 2007, transcorrido pouco menos de um ano de tramitação naquele Conselho, foi prolatada a decisão.

Em seu parecer, a Secretaria de Direito Econômico apontou que o contrato realizado por meio de licitação incorre em uma complexidade adicional, porquanto, embora vise a reproduzir a situação de mercado existente, a publicação de edital de licitação nem sempre é

capaz de fazê-lo de forma plena, pois é necessária a ação das empresas interessadas em momento específico do tempo, criando uma condição “*sui generis*” de competição.

Essa complexidade adicional das licitações e dos contratos administrativos pode, também, ser caracterizada pelos atos administrativos que geralmente são mais complexos e necessitam observar, além dos princípios da Administração Pública, os próprios requisitos do ato administrativo (competência, objeto, forma, motivo, finalidade).

### 3.2. Do Mercado Relevante analisado pelo CADE.

O Relator do Caso, o Conselheiro Abraham Benzaquen Sicsú, salientou que, em se tratando de licitações, as propostas somente são analisadas depois de concluída a fase de habilitação, formalizando-se então o momento em que se define a concorrência.

Tanto a Secretaria de Direito Econômico quanto o Relator do caso concordaram com o fato de que a concorrência, no procedimento licitatório, ocorre após a conclusão da fase de habilitação.

Assim sendo, o mercado relevante daquela conduta seria o mercado de cada uma das licitações daquele serviço de vigilância.

Todavia, ao observar que a divisão de mercado ocorria de maneira prévia ao próprio processo licitatório, o Relator salientou que existia um cartel para dividir as licitações da seguinte maneira:

Em situação concorrencial normal, as empresas que participam de licitações competem entre si por qualidade, capacidade técnica, inovação e reputação, requisitos que influem na conformação aos requisitos de habilitação geralmente impostos nos editais. Portanto, não é trivial caracterizar também o mercado relevante como o “mercado” de licitações de serviços de vigilância privada no Rio Grande do Sul.

Tendo em mente que a definição de mercado não é um fim em si mesma, é ferramenta analítica que auxilia na definição de poder de mercado, **adoto para análise do caso, o mercado relevante de licitações de serviços de vigilância privada no Rio Grande do Sul bem como cada um dos mercados relevantes compostos por cada uma das licitações objeto de investigação em que atuaram as empresas.** (CADE, PROCESSO ADMINISTRATIVO nº 08012.001826/2003-10 – VERSÃO PÚBLICA. Relator: Conselheiro Abraham Benzaquen Sicsú). (grifou-se).



No tocante às características do mercado, o próprio Relator considerou que o mercado de prestação de serviços de vigilância privada em licitações públicas no Estado do Rio Grande do Sul possui características que favorecem a ocorrência e a manutenção de um cartel.

Na ocasião, o plenário do CADE foi unânime em considerar que as principais características apontadas pela literatura econômica dão conta de que as condições facilitadoras ao funcionamento dos cartéis podem sim ser identificadas no caso em exame. Percebeu-se ainda que o número empresas participantes das licitações investigadas era reduzido e o serviço ofertado era bastante homogêneo (vigilância), sendo cotado nas licitações por hora de trabalho.

No tocante ao número de empresas que participavam das licitações analisadas no processo administrativo, percebeu-se que havia 76 empresas operando no ramo de vigilância privada. Todavia, apesar de haver um grande número de ofertantes, não se pôde concluir pela pulverização da oferta, visto que das 76 empresas em atuação no estado do Rio Grande do Sul, apenas 20 estavam filiadas ao Sindicato das Empresas de Vigilância e nem todas preenchiam os requisitos necessários para participação nos certames licitatórios. Abaixo, transcreve-se excerto do voto do relator, que bem examinou a questão:

Esse número, entretanto, não pode ser utilizado como indicador de participação em licitações públicas. Com efeito, grande parte das empresas não são filiadas ao SINDESP/RS, que conta com cerca de 20 (vinte) empresas em seus quadros. **Além disso, grande parte das empresas de menor porte não atende os requisitos necessários para participação de licitações públicas**, reduzindo ainda mais o número de empresas participantes. (CADE, **PROCESSO ADMINISTRATIVO nº 08012.001826/2003-10 – VERSÃO PÚBLICA. Relator: Conselheiro Abraham Benzaquen Sicsú**). (grifou-se).

Naquela ocasião o CADE mencionou que ainda que houvesse um grande número de empresas de segurança privada autorizadas pela Polícia Federal no Rio Grande do Sul a participar dos certames licitatórios, as condições constantes dos editais faziam com que somente as maiores empresas do ramo podiam cumprir as exigências. Esse fato, como apontou o Conselheiro Relator, configurou uma barreira à entrada no mercado.

A Secretaria de Acompanhamento Econômico tratou de salientar que a punição imposta pelo cartel aos não integrantes constituía custo adicional à entrada de novos ofertantes.

Dessa forma, caso um novo concorrente se afastasse daquilo que era estabelecido pelo cartel, ele sofreria represálias. Ademais, mesmo que a empresa desejasse integrar ao cartel, havia o risco de não aceitação por parte do grupo.

Além do mais, o relator salientou que as empresas excluídas ficavam sem condições de reaver os custos irrecuperáveis (*sunk costs*)<sup>32</sup>, que consistem nos custos de constituição da empresa com a aquisição das licenças e permissões legais, contratação de pessoal, treinamento, compra de equipamentos, operação de serviços de vigilância na escala exigida entre outros.

Outros dois fatores importantes que facilitaram a ação coordenada do grupo foram: a) a presença de sindicato representativo das empresas no Estado, que auxiliou como base para a troca de informações e reduziu os custos organizacionais e de monitoramento do conluio; b) A Associação específica, a Associação das Empresas de Vigilância do Rio Grande do Sul – ASSEVIRGS, que muitas vezes emitia selos de certificação que eram exigidos pelos editais de licitação.

### 3.3 Das Preliminares alegadas

Os Procuradores das empresas investigadas pelo controle de condutas do CADE invocaram, diversas preliminares, das quais salienta-se:

a) nulidade do despacho instaurador; a preliminar foi indeferida, porquanto nas palavras do Relator, o despacho estava devidamente motivado e a preliminar de descumprimento do prazo do art. 32 da lei 8.884/94 também não prosperou porquanto aquele prazo não é peremptório, mas de natureza imprópria.

b) incompetência do Juízo Estadual para autorizar a escuta telefônica; em relação à competência do Ministério Público e da Justiça Estadual para apuração das escutas telefônicas, o Relator entendeu que as provas produzidas na esfera estadual eram válidas, pois estavam em consonância com os dispositivos legais no momento de sua produção. Ademais, o Relator fundamentou sua decisão na consagrada jurisprudência do STJ. Transcreve-se abaixo a Ementa:

---

<sup>32</sup> Segundo o glossário da Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE/MF: Custos irrecuperáveis ou afundados (*sunk costs*): são custos que não podem ser recuperados quando a empresa decide sair do mercado. A extensão dos custos irrecuperáveis depende principalmente: 1) do grau de especificidade do uso do capital; 2) da existência de mercados para máquinas e equipamentos usados; 3) da existência de mercados para o aluguel de bens de capital; 4) do volume de investimentos necessários para garantir a distribuição do produto (gastos com promoção, publicidade e formação da rede de distribuidores).

**CRIMINAL. HC. ROUBO QUALIFICADO. HOMICÍDIO. QUADRILHA. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA AUTORIZADA PELO JUÍZO ESTADUAL. DECLINAÇÃO DE COMPETÊNCIA PARA O JUÍZO FEDERAL. NÃO-INVALIDAÇÃO DA PROVA COLHIDA.** (STJ, 5ª Turma, HC nº 27119/RS, Rel. Min Gilson Dipp, DJ 25.08.2003). (Grifou-se).

c) cerceamento de defesa; o Relator entendeu o processo administrativo respeitou a ampla defesa e o contraditório, porquanto haviam sido preenchidos todos os requisitos legais do art. 52, § 1º da Lei 9784/99, razão pela qual a preliminar de cerceamento de defesa também não prosperou.

d) prescrição quinquenal; CADE afastou a preliminar de prescrição, ao alegar que o cartel, além de ilícito administrativo, também é crime, e, portanto, o prazo deveria ser definido pela lei penal e não pela prescrição administrativa. O Relator do caso fundamentou-se no artigo 1º, § 2º da Lei nº 9.873/99)<sup>33</sup>, que estabelece dos prazos de prescrição para o exercício de ação punitiva pela Administração Pública Federal.

e) impossibilidade da existência de Cartel; os investigados aventaram a impossibilidade de formação de cartéis em licitação, todavia o argumento não prosperou, porquanto, o Relator entendeu que o fato da Administração Pública impor preços máximos não poderia ser empecilho para o conluio, eis que o objetivo do procedimento licitatório é o de obter a proposta mais vantajosa à Administração Pública.

### **3.4 Do Funcionamento do Acordo**

Segundo os autos do caso em tela, o cartel havia iniciado suas atividades em 1990. Conforme declarações de um dos indiciados, até setembro daquele ano não existia uma associação com personalidade jurídica, havendo apenas a ‘mesa’. Entre 1990 e 1992, o cartel atuou com bastante força.

---

<sup>33</sup> Art. 1º Prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado.

§ 2º Quando o fato objeto da ação punitiva da Administração também constituir crime, a prescrição reger-se-á pelo prazo previsto na lei penal.

Ainda em suas declarações, um dos denunciante afirmou que o cartel passou a ser formalizado no ano de 1994, com a criação da Associação das Empresas de Vigilância do Rio Grande do Sul – ASSEVIRGS.

Além disso, naquela época, já funcionava em paralelo um sindicato patronal, o Sindicato das Empresas de Segurança e Vigilância do Estado do Rio Grande do Sul – SEVERGS, sucedido posteriormente pelo Sindicato das Empresas de Segurança Privada – SINDESP-RS. (CADE, PROCESSO ADMINISTRATIVO nº 08012.001826/2003-10 – VERSÃO PÚBLICA. Relator: Conselheiro Abraham Benzaquen Sicsú).

Já naquele ano, as pessoas e empresas associadas ao Sindicato eram as mesmas participavam a Associação. Os membros do sindicato reuniam-se todas as segundas feiras na sede sindical, ocasião em que todas as empresas levavam os editais das licitações a ocorrer durante a semana, quando era decidido quem venceria e qual preço seria dado na licitação. A troca de propostas também se realizava por e-mails e envelopes trocados entre as empresas nas semanas que antecederiam as licitações.

Segundo os autos do processo em análise, naquelas reuniões, também eram decididos casos especiais, como a definição de subornos a servidores públicos encarregados da elaboração do edital ou a criação da exigência de certidões negativas das empresas junto ao Sindicato para participar de licitações.

Entre as certidões exigidas destacou-se o Certificado Severgs, documento usado como instrumento de coação à participação no cartel.

Além disso, o Sindicato exigia altas quantias financeiras para que as empresas se filiassem com vistas a compensações futuras com os lucros do cartel.

Apesar de atuar em licitações públicas, o cartel também operava em contratos com empresas privadas, decidindo qual o preço a ser oferecido.

Nos contratos públicos, o cartel escolhia a empresa que venceria a licitação por meio de sorteio em conformidade com o porte da licitação. A lógica era de rodízio de acordo com as horas de trabalho dos vigilantes de cada contrato, de modo a ocorrer divisão equilibrada.

A empresa escolhida no sorteio selecionava ainda outras empresas para participar da licitação apresentando preços superiores e uma da outra para não ser habilitada em razão da falta de documentos. A presença de empresa deliberadamente não-habilitada tinha como função monitorar a participação de empresas não-alinhadas com o cartel nas licitações.

Segundo o conjunto probatório juntado aos autos, participaram do cartel as empresas EBV, EPAVI, Delta, MD, Mobra, ONDREPSB, Protege, Protevale, Reação, Rota-Sul,

Rudder, Panambi, Vigilância Pedrozo, Seltec, Sênior, Secure e Antares todas por meio de seus dirigentes, auxiliados por gerentes e funcionários.

Ocorria também a prática de preço-predatório como último recurso para punir a empresa que não se enquadrasse no cartel. Era escolhida outra empresa do cartel que se “sacrificaria”. O sacrifício consistia em oferecer preços subfaturados a cada licitação de que participasse a empresa de fora do cartel. O objetivo era levar a empresa à falência por não conseguir obter mais contratos rentáveis. Em seguida, a empresa sacrificada ganhava contratos “superfaturados” para ser compensada.

Ainda segundo as denúncias, cada empresa defendia seus contratos, estando em vigência pacto de não-agressão às empresas participantes do cartel. Para evitar desvios ao cartel, eram destacados advogados para negociar com os elaboradores do edital de modo a impedir a entrada de novas empresas, incluindo requisitos adicionais.

O cartel tinha ampla abrangência, eis que atuava em licitações de universidades, bancos, hospitais e outros órgãos públicos no Estado do Rio Grande do Sul bem como segurança de eventos e em contratos privados.

Como exemplos, salientaram-se as licitações da Universidade de Negócios do SEBRAE (2001), da Sede Administrativa do SEBRAE (2001), da Fundação Gaúcha do Trabalho (2003) e da Secretaria Estadual da Fazenda (2002), do Banrisul Armazéns Gerais, da CELIC, órgão central de licitações do governo estadual, da Seção Judiciária do Estado do Rio Grande do Sul, da Companhia de Processamento de Dados do Rio Grande do Sul – PROCERGS e da Universidade Federal do Rio Grande do Sul –UFRGS (CADE, PROCESSO ADMINISTRATIVO nº 08012.001826/2003-10 – VERSÃO PÚBLICA. Relator: Conselheiro Abraham Benzaquen Sicsú).

Um desses processos licitatórios foi, com detalhes, analisado pela SEAE em seu parecer: licitações realizadas em órgãos do Ministério da Fazenda sediados no RS. A empresa Rota-Sul foi à vencedora de todas as 14 (quatorze) licitações de serviços de segurança. As empresas Rudder e Pedrozo participaram de 13 (treze) certames, as empresas Mobra e Reação de 09 (nove), a EPAVI de 04 (quatro), a EBV de 03 (três), Antares de 02 (dois), Protege, Protevale e New Life de apenas 01 (um) (CADE, PROCESSO ADMINISTRATIVO nº 08012.001826/2003-10 – VERSÃO PÚBLICA. Relator: Conselheiro Abraham Benzaquen Sicsú).

Em pelo menos 11 (onze), somente a Rota-Sul tinha representante credenciado presente na sessão de habilitação e em pelo menos três ocasiões, não havia nenhum representante de qualquer empresa. Embora tenham ocorrido 15 (quinze) inhabilitações nas

licitações, algumas delas decorrentes apenas do não-preenchimento de formulários, não houve sequer um recurso apresentado por empresa declarada não habilitada. Em 07 (sete) licitações, não houve nenhuma outra empresa habilitada e classificada senão a Rota-Sul. (CADE, PROCESSO ADMINISTRATIVO nº 08012.001826/2003-10 – VERSÃO PÚBLICA. Relator: Conselheiro Abraham Benzaquen Sicsú).

Todas as 35 desclassificações ocorridas nas 14 (catorze) licitações ocorreram por não ter havido proposta ou por apresentação de preço excessivo, ou seja, por apresentação de proposta acima dos limites estabelecidos em portarias do Ministério do Planejamento. Nessas licitações, os valores oferecidos pela Rota-Sul, foram, em média, apenas 1,72% abaixo do limite máximo expresso no edital. Em um caso específico, o valor oferecido chegou a ser apenas 0,14% inferior ao máximo estipulado. (CADE, PROCESSO ADMINISTRATIVO nº 08012.001826/2003-10 – VERSÃO PÚBLICA. Relator: Conselheiro Abraham Benzaquen Sicsú).

Diversos lances foram apresentados com diferenças de menos de R\$ 100,00 entre as propostas da Rota-Sul e da segunda colocada, valor pouco expressivo, que aponta que a capacidade técnica das empresas é similar. Com isso, poderiam elas apresentar propostas equivalentes. Tais fatos corroboram as declarações dos beneficiários sobre o esquema montado para as licitações. (CADE, PROCESSO ADMINISTRATIVO nº 08012.001826/2003-10 – VERSÃO PÚBLICA. Relator: Conselheiro Abraham Benzaquen Sicsú).

### **3.5 Da Negociação e da Divisão dos Contratos.**

As empresas do cartel faziam divisão de mercado, alocando as licitações entre os seus membros; davam cobertura uma para outra, participavam das licitações apenas para oferecer preços mais elevados e simulavam ambiente competitivo.

Não restaram dúvidas de que as provas coligidas nas mais de 8.000 páginas dos autos do processo administrativo nº 08012.001826/2003-10/CADE comprovaram a existência de cartel de empresas atuantes em licitações públicas para a contratação do serviço de vigilância privada no Estado do Rio Grande do Sul. O cartel visava a produção do efeito de falseamento completo do processo competitivo, o que foi enquadrado no art. 20, inc. I da Lei 8.884/94.

### 3.6 Das Penas Estabelecidas

Ao definir a pena base, o relator salientou que, nos termos do art. 23, I, II e III, e dos incisos IV, V, do art. 27 da então vigente Lei 8.884/94, deveriam ser observados: a) a gravidade da infração, que no caso em exame ficou configurada em virtude da divisão de mercado e da realização prévia de combinação de preços e de propostas que eram apresentadas em licitações, o que acaba por pré-definir os vencedores dos certames de interesse do grupo; b) a consumação da infração; no caso concreto percebeu-se que a infração restou consumada, uma vez que o cartel obteve pleno êxito na divisão de licitações durante, no mínimo, treze anos; c) o grau de lesão à concorrência, aos consumidores e à economia nacional: nesse caso, o grau de lesão foi alto, uma vez que houve falseamento completo do processo competitivo. (CADE, PROCESSO ADMINISTRATIVO nº 08012.001826/2003-10 – VERSÃO PÚBLICA. Relator: Conselheiro Abraham Benzaquen Sicsú).

Em virtude dessas especificidades, o Relator do caso, com fundamento no artigo 23, inciso I, da Lei 8.884/94, definiu a pena base para empresas em 15% do faturamento bruto do exercício de 2002, ano anterior à instauração do processo administrativo.

Em relação às pessoas físicas administradoras, o plenário do CADE fixou em 15% do valor da multa imputável à empresa à qual está vinculado, de responsabilidade pessoal e exclusiva, nos termos do art. 23, II, também da Lei 8.884/94.

Já em relação aos sindicatos e à associação, estabeleceu-se a pena base em 150.000 unidades fiscal de referência (UFIRs), equivalentes à época a R\$ 159.600,00, nos termos do art. 23, III, da Lei 8.884/94. (CADE, PROCESSO ADMINISTRATIVO nº 08012.001826/2003-10 – VERSÃO PÚBLICA. Relator: Conselheiro Abraham Benzaquen Sicsú).

No que se refere aos dirigentes do sindicato dos vigilantes e da associação, a pena base foi estabelecida em 22.500 UFIRs, equivalentes a R\$23.940,00, de responsabilidade pessoal e exclusiva, nos termos do art. 23, III, da Lei 8.884/94.

Finalmente, quando da penalização dos infratores, cumpre destacar que considerou como agravante o exercício de papel de liderança da conduta infrativa. Segundo seu voto, nos termos do artigo 27 da Lei 8.884/94, a gravidade da infração é evidentemente maior quando uma empresa assume a liderança da prática ilícita. Assim, a pena das empresas líderes e de seus dirigentes foi agravada em 5%. (CADE, PROCESSO ADMINISTRATIVO nº 08012.001826/2003-10 – VERSÃO PÚBLICA. Relator: Conselheiro Abraham Benzaquen Sicsú).

De acordo com a decisão do Conselho, o valor da condenação superou R\$40 (quarenta) milhões, valor esse que foi direcionado ao Fundo de Direitos Difusos.

### **3.7 Das Penas Acessórias.**

Com relação às penas acessórias, determinou-se que, em caso de continuidade de atos ou situações que configurassem infração à ordem econômica bem como no de caso descumprimento da penalidade imposta pelo CADE, seria estabelecida uma multa diária no valor R\$ 5.320,00 (cinco mil trezentos e vinte reais).

Mais adiante, a decisão do CADE determinou como reprimenda a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitação, junto à Administração Pública, pelo prazo de cinco anos, nos moldes do art. 24, II da Lei 8.884/94.

Ainda se tratando da proibição de contratar com a Administração Pública, o Conselheiro Relator consignou também em seu voto a proibição da participação em processos que envolvessem dispensa e inexigibilidade de licitação, e contratação emergencial bem como a proibição de prorrogação do contrato com base no disposto no art. 57, inc. II, da Lei de Licitações.

Objetivando facilitar o acompanhamento do cumprimento da decisão pelo CADE, o Plenário determinou também, como obrigação acessória, a entrega por parte das empresas condenadas de todos os contratos vigentes à época com a Administração Direta Federal, Estadual e Municipal bem como a Administração Indireta no prazo de 30 (trinta) dias após a publicação da decisão.

A SINDESP, ASSEVIRGS e SINDIVIGILANTES, solidariamente, ainda tiveram que proceder as suas expensas a publicação, em meia página, no jornal diário de maior circulação no Estado do Rio Grande do Sul e, por dois dias seguidos de duas semanas consecutivas, do texto de extrato da decisão.

Ainda no sentido de dar publicidade às penalidades, em especial quanto à proibição de contratação e licitação, restou determinado que fossem oficiados da decisão: a) Banco do Brasil e Caixa Econômica Federal; b) Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul por meio da Comissão Mista Permanente de Fiscalização e Controle; c) Governos dos



Estados do Rio Grande do Sul e de Santa Catarina e as Prefeituras do Município de Chapecó e dos 30 (trinta) municípios mais populosos do estado do Rio Grande do Sul.

Em 2010, foram prolatadas as primeiras sentenças, favoráveis ao CADE, em três dos processos judiciais que versam sobre a validade da decisão proferida pelo Plenário da autarquia .(2007.71.04.006953-8/RS, 2007.71.00.040156-0/RS e 2007.71.00.040825-5/RS).

Nestes processos, o Poder Judiciário e o Ministério Público, na condição de *custos legis*, acataram teses importantes, como a admissibilidade de gravações telefônicas como meio de prova, a razoabilidade e proporcionalidade das multas impostas e de sua dosimetria e, ainda, a constitucionalidade do acordo de leniência. Vale, ainda, enfatizar que as vitórias obtidas pela Procuradoria do CADE, incentivaram duas sociedades empresárias a transigirem com o CADE, concordando em adimplir as obrigações impostas na decisão administrativa e a desistir das ações judiciais.

### **3.8 O programa de leniência:**

O programa de leniência consiste na possibilidade de celebração de um acordo, denominado Acordo de Leniência, firmado entre a Administração Pública, representada através da Autoridade Antitruste, e um agente que seja partícipe de um grupo que esteja praticando infração à ordem econômica.

Para tanto, cumpre ao agente econômico infrator a confissão do cometimento do ilícito e a apresentação de informações e evidências que possibilitem à Autoridade Antitruste a identificação, a persecução e a condenação dos demais envolvidos na prática anticoncorrencial.

Trata-se de instrumento por meio do qual aos participantes de conduta infrativa são garantidos benefícios de isenção ou redução de pena caso colaborem efetivamente com as investigações, uma vez cumpridos certos requisitos legais.

A ProCADE, ao analisar o instituto nos autos do processo Administrativo 08012.001826/2003-10, assim se manifestou:

“análogo à delação premiada do Direito Penal Brasileiro, tem por escopo brejar a prática infrativa à ordem econômica, mediante o auxílio de co-autor que confesse o ilícito e traga elementos à elucidação do caso.” Adiciona a Procuradoria que se trata de “importante instrumento para combater a lei do silêncio que impera diante das empresas, as quais, em acordo colusivo, prejudicam a ordem econômica.” (fl. 7774). (Parecer ProCADE - PROCESSO ADMINISTRATIVO nº 08012.001826/2003-10 – VERSÃO PÚBLICA).

Naquele caso em concreto, o CADE reconheceu que o denunciante cumpriu todas as condições impostas no Acordo de Leniência com a SDE e, portanto, nenhuma sanção lhe foi imposta na esfera administrativa, tendo havido ainda a extinção automática da punibilidade no âmbito criminal.

Firmava-se, então, o primeiro Acordo de Leniência da história do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, pactuado entre uma das empresas participantes do cartel dos Serviços de Vigilância do Rio Grande do Sul, duas pessoas físicas e a União, por intermédio da então Secretaria de Direito Econômico.

Apesar de recente no Brasil, o programa de leniência já vem sendo aplicado por diversos países. No ano de 1978, a Divisão Antitruste do Departamento de Justiça dos Estados Unidos já havia elaborado normas relacionadas ao programa de leniência para empresas, conhecidas como *Corporate Leniency Policy*. (GABAN, DOMINGUES, 2009, p. 287).

Já no ano de 1993, com o fito de fortalecer o programa, novas normas foram criadas, tais como a concessão automática da anistia, a possibilidade de leniência, desde que ausentes provas necessárias, mesmo quando já se tivesse conhecimento da infração e a extensão da anistia automaticamente a todos os diretores, altos funcionários e empregados da empresa. (GABAN, DOMINGUES, 2009, p. 287).

O instituto da leniência é utilizado em todo o mundo para efetiva repressão e investigação das infrações à ordem econômica. São exemplos de países que possuem programa de leniência: Austrália, Canadá, República Tcheca, União Europeia (desde 1996), França, Alemanha, Hungria, Coreia, Países Baixos, Polônia, Eslováquia, Suécia, Suíça, Inglaterra e Estados Unidos (desde 1978). (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2004, p.17).

O marco legal para do programa de leniência no Brasil foi estabelecido pela Lei Federal n. 10.149, de 21.12.2000, que alterou a lei 8884/94 nos seguintes moldes:

Art. 35-B. A União, por intermédio da SDE, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de um a dois terços da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte:

- I - a identificação dos demais co-autores da infração; e
- II - a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação.

Atualmente, o Brasil tem um programa de leniência ativo, que vem resultando em novas propostas de acordos de leniência e de casos. A estrutura de tal programa se assemelha à existente em vários outros países. (Competition Law and Policy in Brazil: A Peer Review, 2005, p. 16).

A Lei Federal 12.529/11 tratou de disciplinar o Programa de Leniência, através do Capítulo VII, nos seguintes moldes:

Art. 86. O Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte:

I - a identificação dos demais envolvidos na infração; e

II - a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação.

Todavia, para ser considerada apta ao acordo de leniência, a empresa ou a pessoa física denunciante precisa preencher os requisitos cumulativamente. Ressalta-se que grau em que o proponente estará dispensado das sanções aplicáveis à infração dependerá do nível de conhecimento prévio da Superintendência Geral sobre o suposto cartel. O §1º do artigo 86 assim dispõe:

§ 1º O acordo de que trata o caput deste artigo somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos:

I - a empresa seja a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação;

II - a empresa cesse completamente seu envolvimento na infração noticiada ou sob investigação a partir da data de propositura do acordo;

III - a Superintendência-Geral não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou pessoa física por ocasião da propositura do acordo; e

IV - a empresa confesse sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.

Nesse sentido, a imunidade total só pode ser aplicada caso a Superintendência Geral não tenha qualquer conhecimento da atividade ilegal. A Leniência parcial, que prevê redução de até dois terços da multa prevista, é conferida caso a Superintendência já possua algum conhecimento prévio da conduta. No entanto, neste caso, se a multa for aplicada, ela não poderá ser superior à menor multa aplicada a qualquer outro participante do cartel.

Apesar de a Superintendência Geral ser a pactuante do acordo, caberá ao Tribunal Administrativo, quando do julgamento do processo administrativo, verificado o cumprimento do acordo, decretar a extinção punitiva da infração à ordem econômica, nos moldes do §4º:

§ 4º Compete ao Tribunal, por ocasião do julgamento do processo administrativo, verificado o cumprimento do acordo:

I - decretar a extinção da ação punitiva da administração pública em favor do infrator, nas hipóteses em que a proposta de acordo tiver sido apresentada à Superintendência-Geral sem que essa tivesse conhecimento prévio da infração noticiada; ou

II - nas demais hipóteses, reduzir de 1 (um) a 2/3 (dois terços) as penas aplicáveis, observado o disposto no art. 45 desta Lei, devendo ainda considerar na gradação da pena a efetividade da colaboração prestada e a boa-fé do infrator no cumprimento do acordo de leniência.

Além da punição administrativa, a celebração de acordo de leniência, também determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia nos crimes contra ordem econômica, na seguinte forma:

Art. 87. Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, e os tipificados no art. 288 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência.

Parágrafo único. Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o caput deste artigo.

Salienta-se que o benefício supracitado não se estende a outros crimes extorsão e fraude, que podem se aplicar a essa conduta.

Segundo dados da SDE, que até a promulgação da Lei 12.529/11 era o órgão responsável pela apuração de infrações a Ordem Econômica durante a vigência Lei 8.884/94, até 2008, aproximadamente 10 acordos haviam sido celebrados. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2008, p.8)

Conforme o caso analisado neste capítulo pode-se dizer que o programa de leniência estabelecido pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, através da Lei Federal 12.529/11, constitui-se em um instrumento que pode ser viável para o combate efetivo e a consequente punição de práticas anticoncorrenciais, especialmente no tocante à formação de cartéis em licitações.

## CONCLUSÃO

Atualmente, tanto a mídia quanto a sociedade brasileira têm considerado as fraudes em licitações como aquelas caracterizadas pela corrupção dos pregoeiros e dos agentes públicos envolvidos na elaboração de editais e na condução dos processos licitatórios.

Todavia, os desvios cometidos em licitações se caracterizam não somente pelos interesses dos agentes públicos corruptos, mas também pelo comportamento de empresas que praticam atos contrários à competição na esfera das compras públicas.

O presente trabalho se propôs a analisar as vulnerabilidades das licitações da administração pública brasileira à formação de cartéis. Apresentou-se como hipótese a investigação, a apuração e a responsabilização por parte do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência na aplicação da Lei Federal 12.529/2011 nos casos que envolvam a formação de cartéis em licitações.

Para tanto, a partir da análise dos princípios da livre-iniciativa e da livre concorrência, previstos no Art. 170 da Constituição Federal, além da legislação econômica infraconstitucional, especialmente as regras previstas nas leis federais 12.529/11 e 8.137/90), buscou-se traçar os elementos caracterizadores da Ordem Econômica nos ditames do Constitucionalismo Brasileiro de 1988.

Com o fito de demonstrar a vulnerabilidade do ambiente licitatório à formação de cartéis, examinou-se a Lei Federal 8.666/93, destacando-se as modalidades de licitação. Nesta senda, concluiu-se que apesar dos procedimentos licitatórios refletirem os princípios que regem a Administração Pública, previstos no artigo 37 da Constituição Federal, as licitações e os contratos administrativos podem sofrer os impactos da atuação de cartéis.

Nesse sentido, buscou-se destacar as formas de interação propiciadas pelo ambiente licitatório: a fixação de preços, o direcionamento privado de licitação, a divisão de mercado, a supressão de proposta, a apresentação de propostas “pro forma”, o rodízio, a subcontratação. Por todo o exposto, verificou-se que as licitações públicas são práticas públicas propícias para a formação dos cartéis.

Buscou-se ainda salientar a importância da atenção por parte dos gestores públicos quanto aos sinais de conluio encontrados não somente nos autos do processo licitatório, mas também no tocante à interação dos concorrentes, provocada pelo constante contato destes.

Entre as interações em licitações destacaram-se algumas, como as propostas apresentadas com redação semelhante às outras, desistências inesperadas de participar da licitação, concorrentes que sempre oferecem propostas, apesar de nunca vencerem as licitações. Apontou-se que tanto as autoridades administrativas quanto as empresas participantes do certame licitatório devem estar atentas a estes sinais, que indicam atuação de cartéis em licitações públicas.

Partindo-se do pressuposto de que a formação de cartéis configura infração à ordem econômica e que pode ser sancionada no âmbito administrativo, criminal e civil, verificou-se que as empresas participantes de cartéis em licitações públicas estão sujeitas à reprimenda por parte do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC, mormente sob a égide da Lei 12.529/2011.

Ainda em se tratando da responsabilização pela infração a ordem econômica, tratou-se de elucidar a possibilidade de responsabilização por dano material através das ações concorrenciais privadas ou “*private antitruste enforcement*”, com base no art. 927 do Código Civil.

Através da contextualização histórica, observou-se que o SBDC evoluiu significativamente no que se refere à sua capacidade para investigar os cartéis. Atualmente, a Superintendência Geral têm feito uso pleno das ferramentas à sua disposição - buscas e apreensões, programa de leniência e o contato constante com outros órgãos responsáveis pela tutela da Ordem Econômica como o Ministério Público Federal e os Estaduais.

Nesse sentido, destacou-se, também, a importância da persecução criminal por parte de autoridades como os Ministérios Público Federal e Estaduais, com fulcro na Lei Federal 8.137/90, que dispõe sobre os crimes contra a ordem econômica.

Ainda, tratou-se de enfatizar os métodos utilizados pela Autoridade Antitruste Brasileira, qual seja o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, para apurar e reprimir os cartéis, que podem ser utilizados como ferramenta para evitar a dilapidação de recursos nas contratações públicas.

Como se observou, os métodos de apuração, de investigação e de condenação utilizados pelo CADE no Processo Administrativo n. 08012.001826/2003-10, envolvendo empresas prestadoras de serviços de segurança privada no Rio Grande do Sul, apontaram a atuação de um cartel que atuou por mais de uma década naquele Estado.

A Decisão do Plenário do CADE auxiliou os órgãos dos três Entes Federativos - no caso em exame a União, o Estado do Rio Grande do Sul e os municípios gaúchos - a melhor alocarem seus recursos.

Nesse sentido, através do caso estudado, constatou-se que as licitações públicas são ambientes sensíveis à formação de cartéis, eis que, conforme o analisado, o cartel estabelecido no Estado do Rio Grande do Sul atuou durante quase dezesseis anos, causando gravíssimas lesões ao erário público nas três esferas.

Salienta-se, portanto, a importância da legislação antitruste e da atuação do SBDC, que apurou a infração à ordem econômica nos autos do processo administrativo de nº 08012.001826/2003-10/CADE.

Destacou-se ainda que apesar de tutelarem bens jurídicos distintos - no caso da Lei 8.666/93, a administração pública e a reparação da lesão a ela feita; no caso da Lei 12.529/11, a ordem econômica e o interesse difuso da sociedade, essas duas normas podem, sim, serem aplicadas em conjunto na repressão de infração por formação de cartéis em licitações.

Por todo exposto, é possível observar que a complementação entre as sanções administrativas previstas na Lei Federal 8.666/93 e na Lei Federal 12.529/11 pode ser ferramenta viável para o combate a formação de cartéis em licitações.

Assim sendo, percebendo algum indício de fraude e sentindo-se prejudicados pela falta de transparência no caráter competitivo, tanto os agentes econômicos quanto os órgãos públicos podem diligenciar no sentido de promover a elucidação dos fatos, seja através de denúncias ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, de medidas judiciais (*private enforcement*) e também por meio de denúncias ao Ministério Público, para que a instituição, na tutela da ordem econômica, tome medidas que entender cabíveis.

### Referências bibliográficas.

AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito Econômico: do direito nacional ao direito supranacional*. São Paulo: Atlas 2006.

ANDRADE, G. B. de; COUTO, J. A.; HABIBE, T.C. Cartel: Estudo Comparativo. In: FONSECA, João Bosco Leopoldino da (Org). *Temas de Direito da Concorrência*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais – Pós Graduação, 2005, p. 29-58.

BRASIL. Governo Federal. *Constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: 1934.

BRASIL. Constituição (1998). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

CADE. Processo Administrativo n. 08000.004436/1995-04. Representante: Companhia de Saneamento Básico São Paulo (SABESP). Representadas: Produtos Químicos Guaçú Inds. Com. Ltda, Produtos Químicos Elekeiroz S.A. et. alli. Voto do Conselheiro Relator Cleveland Prates Teixeira.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo* – 25 ed. ver. amp. E atual. até a lei 12.587, de 3-1-2012. São Paulo. Atlas, 2012.

CORDOVIL, Leonor; CARVALHO, Vinícius Marques de; BAGNOLI, Vicente; ANDERS, Eduardo Caminati. *Nova lei de defesa da concorrência comentada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

COMISSÃO EUROPÉIA. *The Economic of Tacit Collusion*. IDEI, Toulouse. March 2003.

GODINHO, Marcello S. *Estado e Economia: Algumas Reflexões Acerca das Mudanças*, *Revista da Faculdade de Direito da UCP*, Vol. 2 – 2000.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)*, 3ª edição, São Paulo: Malheiros, 1997.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Lições de Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.



FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito antitruste. O combate aos carteis*. São Paulo: Saraiva, 2009.

GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. *Cartel: teoria unificada da colusão*. São Paulo: Lex Editora, 2006.

MAGGI, Bruno Oliveira. O cartel e seus efeitos no âmbito da responsabilidade civil. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. *Apud* TORRES, Lessandra Nara. *A responsabilidade civil concorrencial no Direito Antitruste Brasileiro*. Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2013.

MARX, Karl. **O capital: crítica da economia política**. Livro 1. O processo de produção do capital. Volume II. Rio de Janeiro : Bertrand Brasil S. A., 1989.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2002.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Cartilha: “*Combate a cartéis em licitações*”. Brasília: Ministério da Justiça, 2008.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Cartilha: “Programa de Leniência”. Brasília: Ministério da Justiça, 2008.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Cartilha: “*Combate a cartéis e programa de leniência*”. Brasília: Ministério da Justiça, 2009.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Relatório de Gestão 2004. Brasília: Ministério da Justiça, 2004.

NUSDEO, Fábio. *Fundamentos para uma Codificação do Direito Econômico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

OLIVEIRA, Gesner. Defesa da concorrência em países em desenvolvimento: aspectos da experiência do Brasil e do Mercosul. *Idéias & debate*. n. 17. Brasília: Instituto Teotônio Vilela, 1998.

OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e Economia da Concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

OECD, *Competition Law and Policy in Brazil: A Peer Review (2005. Competition Law and Policy Developments in Brazil, OECD Journal of Competition Law and Policy, Outubro de 2000, volume. 02, N.º 3.*

OECD. *Lei de Política de Concorrência no Brasil: Uma revisão pelos pares*. OECD/ IDB, 2010.

PETTER, Lafayette Josué. *Princípios Constitucionais da Ordem Econômica: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

ROBERT H. LANDE & JOSHUA P. DAVIS. *The Extraordinary Deterrence of Private Antitrust Enforcement: A Reply to Weden, Hammond, And Barnett*. University of San Francisco Law Research Paper No 24. São Francisco: 2012.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as condutas*. 1. ed. São Paulo:

*Sítios:*

VOTO DO CONSELHEIRO RELATOR: P.A. 08012.001826/2003-10.

<[http://academico.direito-rio.fgv.br/ccmw/images/1/17/2003-10\\_-\\_voto\\_Sics%C3%BA.pdf](http://academico.direito-rio.fgv.br/ccmw/images/1/17/2003-10_-_voto_Sics%C3%BA.pdf)> Acesso em 14 de maio de 2013.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). *Departamento de estudos econômicos*. Disponível em:

<<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?c566a669b756d673c182d6>> Acesso em 14 de maio de 2013.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). *Superintendência-Geral*. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?c566a669b756d673c182d7>>. Acesso em 14 de maio de 2013.

LANDE, Robert H.; DAVIS, Joshua P. **Benefits from private antitrust enforcement: na analysis of forty cases (2008)**. University of San Francisco Law Review, Vol. 42, p. 879, 2008; Univ. of San Francisco Law Research Paper No. 2010-07. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1090661>>. Acesso em: 5 de maio 2013.

MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO ORÇAMENTO E GESTÃO. *Contratações Públicas Sustentáveis – O uso racional dos recursos públicos*. Disponível em: <<http://cpsustentaveis.planejamento.gov.br/?p=1407>>. acesso em: 26 de junho de 2013

PERITZ, Rudolph. Antitrust Law and the Modern Age. In: *Historians on America*. U.S. Department of State publication, 2007. Disponível em: <<http://iipdigital.usembassy.gov/st/english/publication/2008/04/20080423212813eaifas0.42149.html#ixzz2WWYf4nwr>>. Acesso em: 15 de jun. 2013.

U.S. CONGRESS. *Sherman Anti-Trust Act (1890)*. Disponível em: <<http://www.ourdocuments.gov/doc.php?doc=51>>. Acesso em: 14 de maio de 2013.

U.S. CONGRESS. *Clayton Antitrust Act, 1994*. Disponível em: <<http://teachingamericanhistory.org/library/document/clayton-antitrust-act/>>. Acesso em: 15 de maio de 2013.

U.S. DEPARTMENT OF STATE BUREAU OF INTERNATIONAL INFORMATION PROGRAMS. Disponível em: <[http://photos.state.gov/libraries/korea/49271/dwoa\\_122709/Historians-on-America.pdf](http://photos.state.gov/libraries/korea/49271/dwoa_122709/Historians-on-America.pdf)>. Acesso em 10 de Maio de 2013.